

جامعة الجزائر-1-

كلية الحقوق

جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية

رسالة لنيل درجة دكتوراه علوم

في القانون العام فرع القانون الجنائي و العلوم الجنائية

إعداد الطالبة كريمة علة

إشراف الأستاذ الدكتور محمد الشريف صالح باي

لجنة المناقشة:

الأستاذ الدكتور : عبد الله أوهابيه رئيسا

الأستاذ الدكتور : محمد الشريف صالح باي مقرا

الأستاذ الدكتور : محمد تاجر عضوا

الدكتورة : عقيلة خالف عضوا

الدكتور : عمر خوري عضوا

2013/2012

مقدمة

لقد شاع الحديث في العشريات الزمنية الأخيرة على ظاهرة الفساد إلى حد يوحى باعتبارها من أخطر أسباب تعاسة البشرية. لكن مع ذلك لا يمكن اعتبارها ظاهرة معاصرة بل ظلت موجودة منذ خلق البشرية و حتى من قبل ذلك كون الملائكة ردت على الله عزوجل حين أبلغها بخلقه لآدم " أتجعل فيها من يفسد فيها و يسفك الدماء " ¹. فالفساد عرف منذ أقدم العصور و تفاقمت آثاره في العديد من المجتمعات و قد ظل تطهير الأرض منه غاية من غايات الرسائل السماوية. فقد ذكرت كلمة " فساد " بمختلف مشتقاتها في القرآن الكريم في خمسين موضعا²، فجاء في الآية الواحدة و الأربعين من سورة الروم " ظهر الفساد في البر و البحر بما كسبت أيدي الناس ليذيقهم بعض الذي عملوا لعلهم يرجعون " و جاء في الآية السابعة و السبعين من سورة القصص " ... و لا تبغ الفساد في الأرض إن الله لا يحب المفسدين " و جاء أيضا في الآية الثالثة و الثلاثين من سورة المائدة " إنما جزاؤا الذين يحاربون الله و رسوله و يسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم و أرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا و لهم في الآخرة عذاب عظيم " .

و الفساد لغة مشتق من مادة فسد، فيقال فسد الشيء فسودا فهو فاسد و الإسم فساد، و المفسدة خلاف المصلحة، و الجمع المفاسد. و للفساد في اللغة معان عديدة منها التلف و العطب و الإضطراب و الخلل و منها أيضا الجذب و القحط³، كما عرف بأنه اللهو و اللعب و أخذ المال ظلما⁴. أما في الإصطلاح الشرعي فقد عرف الفساد على أنه جميع المحرمات و المكروهات شرعا⁵، كما عرف على أنه خروج الشيء عن الاعتدال، سواء

¹ الآية 30 من سورة البقرة.

² أحمد الأصفر، " الضوابط الأخلاقية و الفساد الإداري في المؤسسات العامة "، المجلة العربية للدراسات الأمنية و التدريب، الرياض: أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، المجلد 16، العدد 32، أكتوبر 2001، ص. 329، أنظر مجمل هذه الآيات في ، محمد المدني بوساق، التعريف بالفساد و صورته من الوجهة الشرعية، دار الخلدونية، الجزائر، 2004، ص. 7-11.

³ أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير معجم عربي عربي، دار الحديث القاهرة، 2004، ص، 280-281.

⁴ المنجد في اللغة و الأعلام، الطبعة الأربعون، طبعة جديدة منقحة و مزيد عليها، دار المشرق، بيروت، 2003، ص. 583.

⁵ محمد المدني بوساق، التعريف بالفساد و صورته من الوجهة الشرعية، المرجع السابق، ص. 6.

كان هذا الخروج قليلا أو كثيرا، و يستعمل في النفس و البدن و الأشياء الخارجة عن الإستقامة¹. فمدلول "الفساد" في الشريعة الإسلامية مدلول واسع و شامل لكل ما يحمل معنى التلّف و عدم الصلاحية. أما في الفقه الوضعي فتستعمل كلمة فساد للدلالة على طائفة من الأفعال المخالفة للقوانين و الأنظمة و العرف العام بهدف تحقيق منافع شخصية على حساب المصلحة العامة²، فيعرفه إيدلهرتز Edelhertz، و هو من أوائل الفقهاء الذين قدموا تعريفا للفساد الإجتماعي و الإقتصادي على أنه: " فعل غير قانوني أو صور من الأفعال غير القانونية التي تم إرتكابها بأساليب غير مادية، و من خلال أساليب تتسم بالخداع القانوني و الإجتماعي، و ذلك للحصول على أموال أو ممتلكات أو لتحقيق مزايا شخصية أو تجارية"³. و يتفق هذا التعريف مع ما ذهب إليه المدير العام للمنظمة العربية لمكافحة الفساد، عامر خياط، من إعتبره أن الفساد هو كل ما يتصل بالإكتساب غير المشروع و ما ينتج عنه⁴، كما يتفق مع ما جاء في مرشد الأمم المتحدة الخاص بمواجهة الفساد الصادر في 2001 من أنه يقصد بالفساد: " سوء إستعمال السلطة العامة للحصول على مكاسب شخصية تضر المصلحة العامة"⁵. و قد حاول بعض فقهاء القانون الإداري تعريف الفساد من زاوية الفساد الإداري فاعتبروه: " كل سلوك بيروقراطي منحرف يستهدف تحقيق منافع شخصية بطرق غير شرعية"⁶ و قال عنه الدكتور محمد ليمام على أنه يمثل حالة من فقدان قيم النزاهة و هو سلوك يخالف الواجبات الرسمية لمنصب عام تطلعا لمكاسب خاصة⁷، فتتفق هذه التعاريف على أن الفساد يحمل فكرة إستعمال السلطة العامة أو الوظيفة العامة لأغراض شخصية⁸.

¹ نواف سالم كنعان، " الفساد الإداري و المالي، آثاره و وسائل مكافحته"، مجلة الشريعة و القانون، جامعة الإمارات، جانفي 2008، العدد 33، ص 84.

² أحمد الأصغر، " الضوابط الأخلاقية و الفساد الإداري في المؤسسات العامة"، المرجع السابق، ص 329.

³ محمود صادق سليمان، " الفساد: الواقع و الدوافع و الإنعكاسات السلبية"، مجلة الفكر الشرطي، الشارقة: مركز بحوث شرطة الشارقة، المجلد 14، جويلية 2005، العدد 54، ص 148.

⁴ ذكر في عطا الله خليل، " مدخل مقترح لمكافحة الفساد في العالم العربي (تجربة الأردن)"، بحث ضمن مجموعة بحوث و أوراق عمل: "مكافحة الفساد في الوطن العربي"، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية.

⁵ United Nations, Anti-Corruption Tool Kit, 2001.

⁶ بودهان موسى، النظام القانوني لمكافحة الفساد في الجزائر، منشورات ANEP، الجزائر. 2009، ص 18.

⁷ د. ليمام محمد، الفساد السياسي في الجزائر (الأسباب، الآثار و الإصلاح)، مجلة المستقبل العربي، عدد سبتمبر 2011، ص 58.

⁸ أنظر تعريف البنك الدولي و تعريف منظمة الشفافية الدولية.

و الفساد يكتسي مدلولاً متعدد الأبعاد فقد يكون بعده إجتماعياً أو إقتصادياً أو فلسفياً أو قانونياً كما أن مفهومه يختلف من ثقافة لأخرى مما حدا بالبعض إلى اعتبار مفهومه ضحية لإبهام معناه العام¹، ضف إلى أن طابعه السري يجعل من الصعب الإحاطة به. فالفساد قد يكون إجتماعياً بصفة عامة أو أخلاقياً بصفة خاصة فيعبر عن انحطاط القيم و المبادئ و الأخلاق الحميدة و ما ينتج عنه من إنتشار الدعارة و الرذيلة و السلوكات المنافية للآداب العامة، كما قد يكون ثقافياً فيعبر عن خروج الجماعة عن الثوابت العامة لديها مما يفك هويتها²، أو يكون سياسياً و هو فساد في القمة لأنه يلحق بأصحاب إتخاذ القرار فيقدمون مصالحهم الخاصة على المصلحة العامة³، و يقعون في قبضة الجماعات المفسدة بحيث تصبح الدولة بمؤسساتها تحت تصرفهم⁴.

فمعنى الفساد إذن يختلف من حيث الزاوية التي ينظر منها إليه، إلا أنه من الناحية القانونية لا وجود لفعل معاقب عليه بذاته تحت تسمية الفساد بل يستخدم هذا المصطلح للدلالة على مجموعة من الأفعال المعاقب عليها قانوناً و هي تشمل عموماً الرشوة و إستغلال النفوذ و الوظيفة و الغدر و إختلاس الأموال العمومية و غيرها من الأفعال التي تنص عليها النصوص التجريبية. و تفشي بعض صور هذه الجرائم أدى إلى ظهور أنماط لبعضها تكون ذات خصوصية أو ذات خطورة كبيرة، فتستوجب من المشرع إيجاد نصوص تجريبية خاصة تواجه هذه الخطورة، و من ذلك النصوص الخاصة بالفساد في مجال تحصيل الضرائب و النصوص الخاصة بالفساد في القطاع الخاص و كذلك النصوص الخاصة بالفساد في مجال الصفقات العمومية التي هي موضوع إهتمام هذه الرسالة.

¹ Pierre LASCUMES, « Percevoir et juger la corruption politique », site du CEVIPOF, [http:// www.cevipof.msh-paris.fr/DossiersCev/projmai/20032006/02-RFSP;PDF](http://www.cevipof.msh-paris.fr/DossiersCev/projmai/20032006/02-RFSP;PDF), p.4.

² محمد الأمين البشري، الفساد و الجريمة المنظمة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008، ص. 49.
³ يطلق دليل الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على هذا النوع من الفساد تسمية " الفساد الكبير " Grande corruption بمقابل الفساد البسيط الذي ينتشر في المعاملات الإدارية و العلاقات الإجتماعية.
⁴ حول الفساد المؤسسي أنظر، محمود شريف بسيوني، الجريمة المنظمة عبر الوطنية، ماهيتها و وسائل مكافحتها دولياً و عربياً، دار الشروق، القاهرة، 2004، ص 32.

فالفساد في مجال الصفقات العمومية مرتبط ارتباطا وثيقا بفكرة وظيفة الدولة في المجتمع. فإن كانت الدولة تظهر أساسا كسلطة إكراه مكلفة بالحفاظ على النظام و الإستقرار في المجتمع من خلال الإستئثار بوظائف الشرطة و العدل و الدفاع، فإنها أيضا تضطلع بوظائف أخرى لا تظهر فيها كسلطة عامة و إنما كمسير لأجهزة و أموال بغرض تحقيق النفع العام. فمنذ الحرب العالمية الثانية، أصبحت الدولة تلعب دورا متزايدا في المجال الإقتصادي و الإجتماعي¹، فتشق الطرقات و تبني الموانئ و المطارات و المدارس و المستشفيات و غيرها من المرافق الحيوية. و للقيام بهذه الإنجازات فهي تخصص جزءا كبيرا من ميزانيتها لدفع ثمن إنجازها، التي غالبا ما تكلف بها مؤسسات إقتصادية من القطاع الخاص فتتعامل معها عن طريق إبرام عقود إنشاء المرافق أو توفير السلع و الخدمات، و هذه العقود يطلق عليها عموما إسم " الصفقات العمومية". فالصفقات العمومية تعد من بين أهم الوسائل التي تتدخل بواسطتها الدولة في الاقتصاد الوطني، عن طريق ضخ الأموال العمومية من أجل تحريك عجلة الاقتصاد الوطني من خلال الزيادة في حجم النفقات العمومية².

إن هذه الصفقات العمومية تدخل في إطار عمليات الشراء العمومي و هي الأداة الحقيقية للتجسيد الميداني لمختلف المشاريع العمومية، فقد ورد أنه في ظل الوفرة والرخاء المالي تمثل الصفقات العمومية الأداة والوسيلة المثلى التي تتمكن بواسطتها الإدارات العمومية من تحقيق برامجها، فهي تحتل نسبة معتبرة من الموارد المالية وتمثل آلية أساسية في النمو الاقتصادي³ كما تعتبر بمثابة المجال الخصب للسوق العمومي في أي بلد⁴، فقد بلغت قيمة الغلاف المالي الذي خصصته الدولة لإنجاز المشاريع

¹ بغض النظر عن وجود دول لا تتدخل إطلاقا في الحياة الإقتصادية و الإجتماعية للمجتمع.

² عبد الغني بن زمام، تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق بين عكنون، السنة الجامعية 2007 - 2008، ص4،

³ AOUADIA Khaled, LALLEM Mohamed, LAOUAR Rachid, *Gestion active des marchés publics*, I. S. G. P, Alger, avril 2003, p 2, cité in

أكرور ميريام، السعر في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2007/2008، ص1.

⁴ ضريفي نادية، مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية، يوم دراسي بعنوان "قراءة في قانون مكافحة الفساد: القانون 01/06، جامعة بسكرة، ص. 42

الإستراتيجية، والبنية التحتية لسنة 2006 ثلاثة وعشرين ألف وستمائة وسبعين مليار دينار (23670)، بالإضافة إلى مائة وتسعين (190) مليار دينار لبرنامج الجنوب وثلاثة مائة وخمسين (350) مليار دينار لبرنامج الهضاب العليا¹، و خلال سنة 2007 تم رصد 31.1 مليار دينار للمنشآت الخاصة بالمياه، إضافة إلى منشآت السكك الحديدية التي رصد لها غلاف مالي مقدر ب 54,6 مليار دينار إضافة إلى قطاع الاتصالات الذي استفاد من أكثر من 10 ملايين دينار، الأمر الذي يبين أهمية الصفقات العمومية على الصعيد الاقتصادي للبلاد². و هذه الأهمية من حيث الأموال الضخمة المنفقة مقابل إنجاز الصفقات العمومية تجذب المتعامل الإقتصادي الراغب في تحقيق الربح، و هذا المتعامل الإقتصادي قد يكون مؤسسة إقتصادية تحصل على الصفقة بصفة قانونية و تسعى لتنفيذها بأحسن شكل ممكن كما قد تكون مؤسسة إقتصادية لا يهتما سوى الفوز بالصفقة و هي من أجل ذلك مستعدة للقيام بأي شيء من أجل الحصول عليها بعيدا عن السعي في تقديم أحسن العروض، بل أكثر من ذلك فإن مثل هذه المؤسسات قد يكون مجرد غطاء لجماعة إجرامية ترغب في السيطرة على المشاريع الحيوية للدولة. فالتنافس على هذه المناقصات يدفع بمؤسسات القطاع الخاص للجوء لا محال لإفساد و تعفين المشتري العمومي ليمنحهما الصفقات العمومية على حساب المؤسسة الأجدر بالفوز بها.

و قد أثبتت دراسات أنه إن كانت الحكومات تدفع سنويا حوالي 4000 مليار دولار أمريكي في الصفقات العمومية فإن 40 مليار من هذه المبالغ تذهب كل سنة للرشاوى التي تدفع أثناء عملية إبرام الصفقة بل تتسبب هذه الرشاوى في زيادة السعر بنسبة 20% إلى

¹ أسباب، مقال منشور بجريدة البلاد، بعنوان "الضغوطات وراء تعطل نمو المؤسسات المتوسطة والصغيرة" بتاريخ 2006/04/18
² خصصت الدولة في السنوات الثلاثة 2003، 2002، 2001 ما يقارب 800 مليار دينار جزائري للطلبات العمومية، أي ما يعادل 10 مليارات من الدولارات، والجزء الكبير من هذه الحصة أي ما يقارب 600 مليار دج خصص للتجهيز، وذلك حسب ما صرح به الأمين العام لوزارة المالية، أثناء الملتقى المنظم يوم 27 أبريل 2003، في فندق الأوراسي من طرف "الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة" والذي كان موضوعه "التنظيم الجديد للصفقات العمومية"
(Arab chih, quotidien EL WATAN, « 600 milliards de dinar pour l'équipement », 28 avril 2003, p 04.)
وارد ذكره في: لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون فرع: الدولة و المؤسسات العمومية، 2007/2006، ص.4.
³ صوالي حفيظ، مقال بعنوان "يعتبرون أن التمييز قائم في الواقع بين المتعاملين المحليين والأجانب" متعاملون اقتصاديون يطالبون بإعادة النظر في قانون الصفقات العمومية، جريدة الخبر الصادرة بتاريخ 2007/05/15.

25% في صفقات اللوازم¹، هذا و يذكر أن 400 مليار دولار أمريكي سلبت من إفريقيا لتدفع في معاملات غير قانونية ما بين سنتي 1970 و 2005 أي ضعف قيمة ديونها الخارجية² بينما ورد في دراسة أخرى أن الفساد يطول 70 بالمائة من الصفقات العمومية في إفريقيا ما دون الصحراء L’Afrique Subsaharienne³.

و بسبب ذلك يرتب السلوك الفاسد للموظف العمومي زيادة في أسعار المواد و السلع الموردة و زيادة في القيمة الإجمالية للمشاريع محل المناقصات، حيث يقوم القطاع الخاص بإضافة الرشاوي و العمولات إلى التكاليف مما يؤدي إلى تحميل الدولة نفقات إضافية تصل إلى نسبة 25% من قيمة العقود و المشاريع⁴. زيادة على رفع تكلفة المشاريع، فإن منح الصفقة لغير من هو قادر على إنجازها يؤثر على نوعية المنشآت و السلع و الخدمات لأن المؤسسة الحاصلة على الصفقة ستحرص على تنفيذ الصفقة بأقل نفقة ممكنة فتستعمل المواد و التقنيات الأقل جودة. فعلاقة الفساد بالصفقات العمومية وفق التحليل الإقتصادي تدرج ضمن علاقة تقوم بين إحتكار البيع من جهة و إحتكار الشراء من جهة أخرى، فمورد الأجهزة يطلب سعرا عاليا لها مدركا أن الموظف العمومي الفاسد الذي يحتكر حق شراء تلك الأجهزة سيستحوذ على جزء من المبلغ الإجمالي للصفقة مقابل موافقته عليها. فإن كانت العلاقة بين محتكر البيع و محتكر الشراء في الظروف العادية للتفاوض تؤدي إلى الإتفاق على أسعار للسلعة أو الخدمة متناسبة مع تكاليفها، فإنها في ظل التعامل الفاسد يضاف إلى السعر ريع الفساد الذي يستفيد منه الموظف العمومي⁵.

أخطر من ذلك فإن كانت المؤسسة الحائزة على الصفقة تخفي جماعة إجرامية فإن هذا سيؤدي إلى سيطرة الجماعات الإجرامية على مشاريع الدولة مما سيعزز لا محال من وزنها و قدرتها الإقتصادية، فيكون من السهل عليها تعفين المجتمع و حتى في بعض

¹ زياد عربية بن علي، الآثار الإقتصادية و الإجتماعية للفساد في الدول النامية، مجلة الأمن و القانون، سنة 2002، العدد 1، ص 269.

² Serge Constantin, Des ONG contre la corruption, Alternatives internationales, n°45, 2009, www.alternatives-economiques.fr

³ Awadi Sadiki Mawenya, « Empêcher la corruption dans les marchés publics en Afrique », Publication occasionnelle de SAIIA (Institut Sud_africain des Affaires Internationales), août 2009, n°9, p.4

⁴ زياد عربية بن علي، الآثار الإقتصادية و الإجتماعية للفساد في الدول النامية، المرجع السابق، ص 269

⁵ ماجد عبد الله المنيف، التحليل الإقتصادي للفساد و أثره على الإستثمار و النمو، مجلة بحوث إقتصادية عربية، الجمعية العربية للبحوث الإقتصادية، القاهرة، 1998، العدد 12، ص. 49.

الحالات السيطرة على الدولة بما لها من نفوذ على الموظفين العموميين، بل تقوم في بعض الأحيان بتمويل حملات الأحزاب السياسية التي تعدها بمنحها الصفقات العمومية إن هي فازت، و هكذا تسيطر الجماعة الإجرامية على رجال الحكم و على معظم أجهزة الدولة.

و يختلف الدارسون للفساد في تحديد أسبابه، فأتباع المدرسة الأنجلوساكسونية يرجعون الفساد إلى كثرة النصوص التنظيمية التي تصدرها الدولة التي تتدخل في النشاط الإقتصادي²¹. فتعقيد النصوص القانونية في ميدان الإقتصاد و فرض الحصول على ترخيصات لممارسة النشاط الإقتصادي يشكل عوائقا تكون محل متاجرة الإدارة و بالتالي تدعو هذه المدرسة إلى تحرير الإقتصاد من كل قيد. و هذه النظرية مردود عليها لأن تحرير الإقتصاد من كل القيود قد يؤدي إلى سيطرة المؤسسات الإجرامية عليه كما كان الشأن بالنسبة لروسيا التي تخلت عن النظام الإقتصادي الإشتراكي و شرعت في تطبيق النظام الليبرالي بتسرع و بدون وضع آليات للمراقبة فأصبح للمافيا المحلية فيها وزن في العديد من المجالات الإقتصادية .

أما المدرسة الفرنسية فإنها تتهم العولمة الإقتصادية و ما تبعها من تحرير المبادلات الإقتصادية بأنها هي التي جعلت كل شيء محل منافسة مما قضى على أخلاقيات التعامل و دفع بالمتعامل الإقتصادي إلى اللجوء لكل الوسائل بما فيها الرشوة للحصول على الصفقات العمومية³. و مهما يكن من أمر فإن إنتشار الفساد في كل الأنظمة الإقتصادية يدل على أنه لا يمكن الأخذ بموقف إحدى المدرستين دون الآخر.

و قد شهد العالم منذ السبعينات إنفجار العديد من الفضائح المتعلقة بالفساد في الصفقات العمومية، ففي الولايات المتحدة تم إكتشاف أن 400 شركة أمريكية تدفع أموالا

¹ TANZI Vito, La corruption dans le monde, causes, conséquences, étendue et solutions, Etudes des services du FMI, Volume 45 n°4, Décembre 1998, p.4 et 7

² BEGOVIC Boris, Corruption : concepts, types, causes et consequences, Perspectives des Réformes Economiques, Mai 2007, p : 6-7

³ JANOT Philippe, Firmes Transnationales, Corruption, Etats, Une dynamique ambiguë, Editions du CNRS, Paris 2005, p 429.

غير مشروعة تقدر ب 300 مليون دولار أمريكي لموظفين عموميين أجانبين من أجل الحصول على صفقات عمومية من تلك الدول الأجنبية، ففي قضية "لوكهيد" "LOCKHEED" كانت الشركة من نفس الاسم أبرمت صفقات بيع طائرات حربية للحكومة اليابانية بتوسط من المافيا اليابانية المحلية و ذلك بعد دفعها لرشاوى قدرت ب 25 مليون دولار¹، و في سنة 1976 ظهرت الفضيحة و حدثت ضجة دعت بالرئيس الأمريكي آنذاك " جيمي كارتر " Jimmy Carter" إلى إعتبار أن هذه الفضيحة تهدد الأمن الوطني للولايات المتحدة. و قد أدت هذه القضية بالكنغرس الأمريكي إلى إصدار " قانون الممارسات الأجنبية الفاسدة"² و هو قانون متشدد مع الشركات الأمريكية في مجال التعامل مع الدول الأجنبية، فيقوم أساسا بتجريم فعل تقديم هذه الشركات لرشاوى للمسؤولين الحكوميين الأجانبين مقابل الحصول على صفقات عمومية.

و في الثمانينات ظهر في إيطاليا ما سمي ب "لانجلوبولي" " Langenlopoli" أي " مدينة الرشاوي" بحيث ظهر للعلن أن المافيا تسيطر على الصفقات العمومية و تتعامل مع الموظفين العموميين من أجل ذلك، فشرع القضاء الإيطالي في حملة لمحاربة هذا الفساد سميت بعملية " ماني بوليت " " manupulitt " أي " أيدي بيضاء ". و قد صرح نائب عام إيطالي مختص في محاربة الفساد " بييترو قراسو " (Pietro Grasso) أن المافيا الصقلية تتحكم بصفة شبه مباشرة في الصفقات العمومية و خاصة في تلك المتعلقة بالبناء³. فالمافيا الإيطالية لا سيما منظمتي " كوزا نوسترا " « Cosa Nostra » و " كامورا " « Camorra » تتحكم بشكل واسع في الصفقات العمومية، فتقوم بتحويل المشاريع العمومية لصالحها ليس للحصول على الصفقة فحسب و إنما لتعطيل الهدف

¹ محمد أحمد غانم، المحاور القانونية و الشرعية للرشوة عبر الوطنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008 ، ص 278.

² Foreign Corrupt Practices Act (FCPA).

³ Ansa, English News service, 9 octobre 2004, ذكر في Henri Hope, Le piratage des marchés publics par le crime organisé, D'une pratique locale à un phénomène mondial, Mémoire pour le Diplôme d'Université 3^{ème} cycle, Analyse des Menaces Criminelles Contemporaines, Université Paris II Pantheon-Assas, Juin 2005, p.41.

المرجو منها كما هو الشأن بالنسبة لصفقات إنجاز قنوات صرف المياه، بحيث إستولت عليها المافيا و عطلت إنجازها لتبقى هي محتكرة لسوق بيع المياه¹.

أما في فرنسا فإنّ نشر الحديث في أواخر الثمانينات عن قضايا الفواتير المزورة و مكاتب الدراسات الخيالية² و عن قضايا فساد متعددة أخرى مثل قضية ثانويات جزيرة فرنسا " «Les Lycées d'Ile-de-France» » بحيث خصص المجلس المحلي ما بين سنتي 1988 و 1997 24 مليار فرنك فرنسي لإنجاز أعمال ترميم و توسيع و بناء 471 ثانوية فكانت المؤسسات الفائزة بالصفقات تدفع 2 بالمائة من قيمة النفقات إلى أحزاب سياسية مكنتها من الفوز بالصفقة³.

أما في السنوات الأخيرة فيمكن الإشارة إلى قضية شركة " توتال " Total في قضية " نפט مقابل غذاء " إذ أن هذه الشركة إتهمت بأنها كانت تدفع عمولات للنظام العراقي مقابل الفوز بصفقات، ذلك أن منظمة الأمم المتحدة للتخفيف من معاناة الشعب العراقي بسبب الحظر الدولي على العراق، سمحت له ببيع النفط من أجل شراء الغذاء و الأدوية، لكن النظام العراقي أخذ عمولات على الشركات التي تعامل معها.

أما في البلدان النامية، فإن ظاهرة الفساد متفشية و بشكل خاص في الدول التي تمر بمرحلة إنتقالية كما هو الشأن بالنسبة للجزائر التي تشهد مثل هذه المرحلة منذ بداية التسعينات، بحيث تشهد من الناحية الإقتصادية مرحلة إنتقال النظام الإقتصادي من نظام إشتراكي موجه إلى نظام رأسمالي حر، و من الناحية السياسية الإنتقال من نظام الحزب الواحد إلى نظام التعددية الحزبية، و بالتالي فإن منظومتها التشريعية أيضا تمر بنفس المرحلة الإنتقالية، فيجد الفساد له منفذا من خلال ثغرات النصوص القانونية التي لم تستقر بعد بشكل يحقق لها الفاعلية في ظل النظام الجديد. و فعلا لم يشع الحديث عن الفساد في الصفقات العمومية في الجزائر إلا في التسعينات ذلك أن الدولة الجزائرية إنتقلت من دولة

¹ أنظر أيضا قضية فساد متصلة بالبنابات المنهارة على إثر زلزال أكبلا « Aquilla »

Corruption en Italie : La gangrène se généralise, www.myeurop.info.org

² Haritini Matsopoulo, Liberté d'accès et égalité des candidats, Juris classeur pénal, 2004, Art 432-14, p.2.

³ Encyclopédie Wikipédia, Affaire des marchés d'Ile-de-France, www.wikipedia.org

مدينة إلى دولة حديثة الغنى بحيث حازت في ديسمبر 2009 على إحتياط صرف مقدر ب 146 مليار دولار¹، فأصبحت الدولة تستثمر أموالا طائلة في إنجاز مشاريع تنمية و حيوية و هي تتفق في ذلك حوالي 30 مليار دولار سنويا، و إذا طبقنا المعيار العالمي للرشوة التي تمنح في الصفقات العمومية و المقدر ب 10% نفرض أن الجزائر تدفع حوالي 3 مليار دولار سنويا في مبالغ الرشوة هذه. و بالفعل ففي جويلية 2006 كشفت المفتشية العامة للمالية (IGF) Inspection Générale des Finances عن فضيحة شركة (ب.ر.س) BRC (Brown Roots and Condor) و هي شركة جزائرية أمريكية مؤسسة بين شركة سوناطراك و شركة " هاليبيرتون " " Halliburton " الأمريكية و قد تعاملت هذه الشركة مع شركة سوناطراك و مع وزارة الدفاع، ف جاء في تقرير المفتشية العامة للمالية أنه ما بين سنة 2001 و سنة 2005 تحصلت BRC على 41 صفقة بقيمة 2.1 مليار دولار أمريكي و ذلك عن طريق التراضي مخالفة لما يقتضيه قانون الصفقات العمومية².

و في أكتوبر 2009 تناقلت الصحف خبر أنه على إثر تحقيقات قامت بها مصالح الأمن العسكري ظهرت قضية الطريق السيار شرق-غرب و تمت متابعة الأمين العام لوزارة الأشغال العمومية و رئيس ديوان وزير الأشغال العمومية و غيرهم على أساس إبرام صفقات عمومية مع شركة صينية CITIC-CRCC مقابل الحصول على عملات قدرت قيمتها بحوالي 530 مليون دولار³.

¹ أنظر ما جاء عن الملتقى الوطني الثاني حول الفساد وآليات معالجته بجامعة محمد خيضر ببسكرة في مقال زبير فاضل بعنوان البجوحة المالية رفعت من حجم الفساد في الصفقات العمومية بالجزائر الشركات الأجنبية تخصص ملايين الدولارات لدفع رشاوى وعمولات ، جريدة الخبر 06 - 04 - 2012

² Jeune Afrique n° 2400 du 8/1/2007

³ لمزيد من التفاصيل على هذه القضية أنظر:

Julien Larrege, « une ténébreuse affaire de corruption empoisonne la classe politique », politique-Actu.com
Salima Tlemçani, Une affaire d'Etat qui s'achemine vers un acte isolé, El Watan, 17/02/2011.

و قد جاء على لسان رئيس الجمعية الجزائرية لمكافحة الفساد جيلالي حجاج أنه من الصعب جدا منح أرقام للفساد في الصفقات العمومية في الجزائر¹ لكن معظم الدراسات التي قمنا بها تبين أن تقريبا 90 بالمائة من الصفقات العمومية لا تحترم القانون و عندما لا يحترم القانون يتم تشجيع الفساد سواء على المستوى الوطني أو الدولي² ، هذا و قد صرح الأستاذ غشير رئيس الرابطة الجزائرية لحقوق الإنسان أن أكبر قطاع يتعامل فيه بالرشوة في الجزائر هو قطاع الصفقات العمومية، و أن الكوارث التي تشهدها قطاعات البناء و الأشغال العمومية من سقوط البنايات و عدم صلاحية الطرقات على الرغم من حداثة إنجازها، مردها التعامل بالرشوة حيث لا يتم احترام معايير الإنجاز³ .

و لما كان من الثابت أن خطر الفساد لم يعد يهدد الدول النامية فحسب بل تمتد جذوره لأكثر الدول تطورا في العالم برزت الحاجة لإنضمام كل هذه الدول من أجل إيجاد حلول لمكافحة الفساد الذي أصبح يتلاعب بالأنظمة و الأقاليم، ذلك أن العولمة⁴ قد أثرت بشكل كبير في الوسائل المستعملة من قبل المجرمين في ارتكاب أفعالهم. فتطور وسائل النقل قد سهل تنقل الأشخاص و سهل نقل الأشياء و بالتالي سمح بتنقل المجرمين و نقل العائدات الإجرامية. كما أن تطور تكنولوجيات الإعلام و الإتصال سمح للمجرمين بتسيير أعمالهم الإجرامية عبر العالم فانتشر تبعا لذلك الجرم العابر للحدود، و صارت عملية مكافحة الجريمة بصفة عامة و الفساد بصفة خاصة تواجه معطيات عالم معولم monde globalisé . فالدول أصبحت تواجه جرما عابرا لحدودها الوطنية الأمر الذي إظورها لتوحيد جهودها لمواجهة هذا الجرم، و هذا ما حتم عليها التنازل عن جزء من سلطتها المطلقة في مجال وضع القانون الجنائي. فإمتداد مكان ارتكاب الجريمة الواحدة لأكثر من

¹ ذكرت الإحصائيات الجزائرية لوزارة العدل بالنسبة لسنة 2010 أن المحاكم قد فصلت في 948 قضية فساد من ضمنها 79 قضية محاباة في الصفقات العمومية، إحصائيات قدمت في اليوم الدولي لمكافحة الفساد الذي نظمته وزارة العدل بقصر الأمم بتاريخ 2011/12/9.

² جريدة الجزائر نيوز 2008/02/17.

³ الأستاذ بوجمعة غشير، رئيس الرابطة الجزائرية لحقوق الإنسان، جريدة الخبر، 2006/10/19، ص3.

⁴ إن المدلول الأصلي للعولمة هو مدلول إقتصادي محظ مشكل من تبادل معمم بين مختلف أطراف المعمورة و ذلك بإعتبار الفضاء العالمي فضاءا حر للمعاملات و تنقل الأشخاص و رؤوس الأموال و السلع. لكن هذا الترابط الإقتصادي تلاه تكثيف للعلاقات القارية في عدد متزايد من مجالات الحياة الإجتماعية، فنذكر عادة وجود فضاء واحد للسوق و للإتصالات و للإعلام و البيئة، دون أن ننس التنسيق السياسي و الثقافي المترتبين على تأثير الأحداث التي تقع في جزء من العالم على باقي أجزاء العالم الأخرى التي تتابع هذه الأحداث عن طريق وسائل الإعلام و ذلك في لحظة وقوعها.

إقليم وطني جعل عملية مكافحة الجريمة تعتمد على إبرام الدول لإتفاقيات تدعو إلى تجاوز الإقليم الوطني كأحد مميزات سن و تطبيق القاعدة الجنائية.

و لعل أول ما واجه الجهود الدولية لسن آليات قانونية دولية لمكافحة الفساد هو الإتفاق على قائمة الأفعال التي يمكن إعتبارها أفعال فساد. فمختلف الإتفاقيات الدولية و الإقليمية لمكافحة الفساد لا تركز على تعريف الفساد بل تورد قائمة للأفعال التي تصفها بأفعال فساد كالرشوة و إستغلال النفوذ و الغدر و المحاباة و غيرها، فهي تعزز البعد القانوني لظاهرة الفساد، و هو بعد يدرج " الفساد" ضمن أهم المفاهيم القانونية. و قد اعتبر بعض الفقهاء أن الفساد هو قبل كل شيء سلوك إجرامي، يعرفه القانون الجنائي¹، و قد اتسع في السنوات الأخيرة ليصل ذروه مع ما استقرت عليه الإتفاقيات الدولية لمكافحة الفساد.

و قد عني القانون الجنائي بصفة خاصة بالفساد في ميدان التعامل بالصفقات العمومية لعدة أسباب يرجع أولها لما يطرح من خصوصية بالمقارنة مع سلوكات الفساد الأخرى، فإن كان الفساد يعبر عموما على متاجرة الموظف العمومي في الوظيفة العامة من خلال فرضه على المتعامل مع الإدارة أن يمنحه أموالا أو مزايا أخرى، فإنه بالنسبة للفساد في الصفقات العمومية فإن الإدارة هي التي تدفع أموالها على شكل تسديد قيمة مرتفعة للصفقات العمومية و يتمكن الموظف العمومي من نيل نسبة على شكل عمولة من هذا المبلغ. فالموظف العمومي في هذا النوع من الفساد لا يلجأ للإكراه و لا للضغط على المتعامل الإقتصادي و إنما يتعامل بالمعلومات المتعلقة بالصفقة و يتلاعب بالقواعد القانونية التي تحكم عملية إبرام الصفقات العمومية، و هذه الخصوصية دعت إلى وصف هذا النوع من الفساد بالفساد "الأكثر تحضرا و الأكثر إستقرارا":

¹ PIREYRE Bruno-André, Corruption et trafic d'influence : l'approche du droit pénal, Revue française de Finances Publiques, n° 69, Mars 2000, p.33.

la forme la plus civilisée et la plus stabilisée de la corruption¹. و لعل هذا الطابع " المتحضر " هو الذي يجعله صعب الإكتشاف.

أما السبب الثاني للإهتمام الخاص بهذا النوع من الفساد فهو عائد لكون العولمة الإقتصادية فرضت على الدول فتح أسواقها الداخلية على العالم، و تشجيع التعامل بالصفقات العمومية الدولية، فالمناقصات لم تعد وطنية فحسب بل أصبحت مفتوحة لترشح الشركات الأجنبية لا سيما تلك المتعددة الجنسيات، علما أن البعض من هذه الأخيرة يحوز على قوة إقتصادية تفوق ميزانية بعض الدول²، و من ثمة فهي قادرة على دفع أموال طائلة في سبيل الحصول على الصفقات العمومية الدولية مما يضع المؤسسات الإقتصادية الأخرى في وضعية ضعف و يبعدها عن فرص الفوز بالصفقات. و الخطورة كل الخطورة هو توصل هذه الشركات المتعددة الجنسيات إلى السيطرة على مراكز إتخاذ القرار في الدولة في أعلى مستوياته، فتصبح هذه الأخيرة مجرد منفذ لقرارات أصحاب المصالح الإقتصادية مهما كانت مصادر أموالهم، و يصل الحد إلى صنع قوانين خصيصا لخدمة مصالح هذه المؤسسات، و السماح لها وحدها بالفوز بالصفقات العمومية، فيقال في هذه الحالة أن الدولة " محل إلقاء قبض " من قبل المؤسسات الإقتصادية « capture d'Etat » و هذا ما يطلق عليه أيضا بالفساد الكبير³.

و الجزائر باعتبارها من الدول السباقة للمصادقة على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد⁴ قد بادرت على إثر دخول هذه الإتفاقية حيز التنفيذ في أواخر سنة 2005 إلى إصدار القانون 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته الذي تضمن العديد من النصوص القانونية التجريبية و غير التجريبية المتعلقة بالفساد في الصفقات العمومية. و نشير في هذا الإطار إلى أن هذا القانون لم

¹ Giorgio Blundo, « Dessus de table », La corruption quotidienne dans la passation des marchés publics locaux au Sénégal, Politique africaine, n° 83, octobre 2001, p. 79.

² Philippe Janot, Firms transnationales, corruption, Etats, une dynamique ambiguë, AFDI, Editions du CNRS, Paris 2005, p. 429.

³ Précité.

⁴ صادقت الجزائر على الإتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي 128/04 المؤرخ في 2004/04/19.

يستحدث جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية ذلك أنه إن كان قانون العقوبات عند صدوره سنة 1966 لم يكن ينص على هذه الأفعال فإنه في سنة 1975 صدر الأمر 47/75 المؤرخ في 17 يونيو 1975¹ الذي ألغى محتوى المادة 423 من قانون العقوبات² و عوضه بنص يعاقب على إبرام الصفقات العمومية بصفة غير قانونية و هو النص الذي عدل بدوره ثلاث مرات³ قبل أن يتم إلغائه تماما بموجب القانون 09/01 المؤرخ في 26 يونيو 2001 الذي إستحدث المادة 128 مكرر الملغاة بدورها بموجب القانون 01/06.

و دراسة جرائم الفساد المتعلقة بالصفقات العمومية في ظل القانون 01/06 تكتسي أهمية خاصة نظرا لطبيعة هذا النص الذي يفرض قراءة جديدة لمبدأ الشرعية الجنائية القائم على أساس أنه لا جريمة و لا عقوبة و لا تدبير أمن بغير قانون⁴. فحوى هذا المبدأ هي القاعدة الجنائية في حد ذاتها التي يشترط فيها بعض الأوصاف التي تمكنها من تحقيق أهداف الأمن و الإستقرار و المساواة المنشودة من قبل أنصار مبدأ الشرعية. فيشترط فيها أن تكون واضحة و دقيقة، فيسمح وضوحها بتحقيق إلتزام القاضي بالتفسير الصارم للنص الجنائي و تسمح دقتها بالإلمام بمختلف فرضيات الفعل المجرم و بذلك لا يستغل المجرمون ثغرات النص للإفلات من العقاب. و إن كانت صياغة القاعدة القانونية الجنائية عملية دقيقة و صعبة في حد ذاتها فإنها تزداد تعقيدا حينما ينتقل صنعها من إطار داخلي منظم أو نظام قانوني مهيكّل *ordre juridique structuré* إلى إطار دولي متعدد الأطراف و القوى.

فالنصوص الدولية التي تشكل المصدر للقوانين الداخلية قد أعدت من قبل لجان متشكلة من خبراء من جنسيات متعددة و ثقافات قانونية مختلفة و هذا ما يؤثر لا محال

¹ جريدة رسمية رقم 53 لسنة 1975.
² حررت المادة 423 في ظل الأمر 156/66 كما يلي: " كل من أفشى بأية وسيلة كانت سر التصويت في جمعية علمة للعمال أو مجلس لهم أو قام بالمساس بسلامته أو منع إجراءات الإقتراع أو غير في نتيجته أو شرع في شيء من ذلك يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 500 إلى 2.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين..."
³ مرة أولى بموجب القانون 03/78 المؤرخ في 11/02/1978 و مرة ثانية بموجب القانون 04/82 المؤرخ في 13/02/1982 و مرة ثالثة بموجب القانون 26/88 المؤرخ في 12/07/1988.
⁴ المادة الأولى من قانون العقوبات

على محتوى النص المصاغ. ضف إلى ذلك فإن تعدد النصوص و المواثيق الدولية التي تصادق عليها الدولة تجعل المشرع الوطني يواجه في صياغته للنص الداخلي مشكلة التنسيق بين مختلف هذه النصوص الدولية التي لا يوجد بشأنها تدرج في قوتها الإلزامية. فمن خلال ما سبق ذكره يظهر السبب الأول الذي يدعو للإهتمام بدراسة جرائم الفساد في الصفقات العمومية إعتبارا أنها نموذجاً لهذا التطور التشريعي الجنائي.

تظهر أيضا أهمية دراسة هذا النوع من الجرائم من زاوية أن الصفقات العمومية تتدرج ضمن دراسات القانون الإداري و هو قانون يكاد يكون في مبادئه مضادا للقانون الجنائي. فالقانون الإداري بصفة عامة و قانون الصفقات العمومية بصفة خاصة في تطور مستمر، كما أنه قانون غير مقنن بحيث أن الخائض في دراسته يجد نفسه أمام نصوص تشريعية و تنظيمية عدة مما يضيف على المادة نوعا من التشتت و التعقيد، و هذا لا شك أنه يؤثر على القاعدة الجنائية التي تحمي التعامل بهذه الصفقات. فإن جاء النص ليحرم إبرام صفقة عمومية بصفة غير قانونية و يجب مسبقا معرفة الطرق القانونية لإبرام الصفقة القانونية و هو أمر في غاية من الصعوبة بالنسبة لغير المختص في القانون الإداري لأن مسار إبرام الصفقة العمومية يمر بمراحل عدة تتطرق من التحضير إلى الإعلان إلى الترشح إلى فحص العروض إلى رسو الإختيار لتصل إلى التأشير و الإبرام. و كل مرحلة من هذه المراحل تخضع لنصوص تشريعية و تنظيمية متعددة. و باعتبار أن فعل الفساد قد يقع في أي مرحلة من هذه المراحل فإن جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية جرائم تتطلب من المهتم بها دراية حقيقية مسبقة بقواعد القانون الإداري لا سيما تلك المتعلقة بالصفقات العمومية. فدراسة جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية تفيد في معرفة الصعوبات التي تطرحها عملية التعامل مع نص جنائي يقوم على مخالفة نصوص قانونية مصدرها القانون الإداري.

هذه الأهمية هي في نفس الوقت من ضمن الصعوبات التي تطرحها دراسة جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، فذاتية القانون الجنائي تجعل البحث في هذه الجرائم لا يكتفي في تعريفه للمفاهيم القانونية على ما جاء في القانون الإداري و إنما يبحث عن

مدلولها الخاص بالنسبة لقانون مكافحة الفساد. كما أن تعدد جرائم الفساد المنصوص عليها في القانون 01/06 و التي يمكن أن تتصل بطريقة أو بأخرى بإبرام الصفقات العمومية فرض إختيار دراسة الجرائم التي تتصل مباشرة بإبرام الصفقات العمومية أي تلك التي تحمي مباشرة قانونية و نزاهة عملية إبرام الصفقة.

واجهت هذه الدراسة أيضا صعوبة العثور على المراجع المتخصصة باللغة العربية، ذلك أن الدراسات السابقة المتحصل عليها إنصبت على جرائم الفساد بشكل عام، مما حتم الإعتماد أساسا على المراجع الفرنسية التي تطلب الإعتماد عليها القيام بترجمتها أو لا ثم دراستها.

و قد تطلبت دراسة موضوع هذه الرسالة الإعتماد بالدرجة الأولى على تحليل النصوص القانونية و البحث في أصولها و بالتالي تم إتباع المنهج الوصفي التحليلي، و قد أسفرت هذه الدراسة عن أن موضوع جرائم الفساد في الصفقات العمومية قد يعالج من عدة زوايا، منها أنه يمكن التطرق له من زاوية تأثر النص التجريمي الداخلي بالنصوص الدولية أو التطرق له من زاوية تأثير تطور قانون الصفقات العمومية على النص الجنائي الحامي لها، لكن الإهتمام الأساسي لهذه الرسالة إنصب على البحث عن جدوة تجريم الفساد في الصفقات العمومية بصفة خاصة و عدم تركه يخضع للنصوص التجريبية العامة فهل أراد المشرع بنصه الخاص أن يجعل من هذه الجرائم جرائم فساد مشددة أم أنه إستجاب لإلتزام دولي بتجريم هذه الأفعال دون وجود ضرورة لذلك، و للبحث في هذه المسألة تم طرح الإشكالية التالية:

هل تتميز جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية بخصوصية عن باقي جرائم الفساد الأخرى تتطلب وجود قانون جنائي خاص بالفساد في الصفقات العمومية على نحو القانون الجنائي للأعمال أو القانون الجنائي للأسرة أو غيرها من فروع القانون الجنائي

المتخصصة¹؟ أي بعبارة أخرى هل خص المشرع هذا النوع من الجرائم بأحكام
تجريمية و عقابية متميزة عن باقي جرائم الفساد؟

و للإجابة عن هذه الإشكالية سنتقسم الدراسة إلى محورين، فيكون المحور الأول
موضوعا للباب الأول و يتناول دراسة الأحكام الموضوعية و الإجرائية لجرائم الفساد
العامة التي تنطبق على الصفقات العمومية أي تلك الجرائم التي يمكن أن تقع في إطار
تأدية الوظيفة العمومية مهما كان مجالها و لا تقتصر على مجال الصفقات العمومية. أما
الباب الثاني فسيتناول محور جريمة الفساد الخاصة بالصفقات العمومية و هي جنحة
"إعطاء إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية " باعتبارها جريمة خاصة
بالتعامل بالصفقات العمومية و لا يمكن أن تقع في نشاطات الإدارة الأخرى، و قد تم
إعتماد الخطة التالية:

الباب الأول: خصوصية جرائم الفساد العامة في مجال الصفقات العمومية

الفصل الأول: مميزات الأحكام الموضوعية لجرائم الفساد العامة في مجال

الصفقات العمومية

المبحث الأول: تجريم الفساد بين النص الدولي و النص الوطني

المبحث الثاني: تعدد جرائم الفساد العامة المتصلة بالصفقات العمومية

الفصل الثاني: الأحكام القمعية لجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية

المبحث الأول: مميزات الأحكام الإجرائية

المبحث الثاني: الأحكام الجزائية الخاصة بجرائم الفساد

¹ علما أنها تسميات فقهية و ليست تشريعية.

الباب الثاني: جريمة الفساد الخاصة بالصفقات العمومية

الفصل الأول: خصوصية نص تجريم المحاباة

المبحث الأول: طبيعة نص تجريم المحاباة

المبحث الثاني: المصلحة المحمية في تجريم المحاباة

المبحث الثالث: جدوة تجريم المحاباة

الفصل الثاني: الخصوصية المستمدة من الركنين المادي و المعنوي الجريمة

المبحث الأول: العناصر الأولية لجريمة المحاباة

المبحث الثاني: مميزات الركن المادي لجريمة المحاباة

المبحث الثالث: الركن المعنوي لجنحة " المحاباة "

الخاتمة

الباب الأول

خصوصية جرائم الفساد العامة في مجال الصفقات العمومية

لقد تضمن القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته حوالي ثلاثة و عشرين نصا تجريميا، منهم ما نص على جرائم كانت موجودة في قانون العقوبات قبل صدور هذا القانون كجريمتي الرشوة و استغلال النفوذ و منهم ما إستحدث جرائم جديدة كجريمة الإثراء غير المشروع و جريمة رشوة الموظفين العموميين الأجبيين. و إذا نظرنا إلى جرائم الفساد من زاوية مجال وقوعها يمكن أن نصنفها من جهة إلى جرائم فساد عامة قابلة للوقوع في كل القطاعات، شريطة أن يرتكبها موظف عمومي بمفهوم قانون مكافحة الفساد كجريمة الرشوة و استغلال النفوذ و من جهة أخرى إلى جرائم فساد خاصة بمجالات أو قطاعات محددة ، فنجد ضمن هذا الصنف الأخير الرشوة في القطاع الخاص¹ و جرائم الفساد في مجال تحصيل الضرائب² و الرسوم و كذلك جرائم فساد خاصة بالتعامل في الصفقات العمومية³، و بالتالي فجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية تضم إلى جانب الجرائم الخاصة بهذا المجال كل جرائم الفساد العامة الأخرى القابلة للوقوع بمناسبة التعامل بالصفقات العمومية دون أن تكون قاصرة عليه، و قد تم تخصيص الباب الأول من هذه الرسالة لدراسة هذا النوع من الجرائم تحت تسمية جرائم الفساد العامة في مجال الصفقات العمومية و ستنم دراستها من زاوية إبراز ما يميزها عن جرائم قانون العقوبات من أجل التوصل إلى إبراز خصوصية التجريم العام للفساد في مجال الصفقات العمومية. و قد تم تقسيم هذا الباب إلى فصلين، فصلا يتناول مميزات الأحكام الموضوعية لهذه الجرائم بينما يتناول الفصل الثاني مميزات الأحكام الإجرائية المتعلقة بها.

¹ المادة 40 من القانون 01/06.

² المادة 31 من القانون 01/06.

³ المادتان 26 و 27 من القانون 01/06.

الفصل الأول:

مميزات الأحكام الموضوعية لجرائم الفساد العامة في مجال الصفقات العمومية

يقصد بالأحكام الموضوعية لجرائم الفساد العامة تلك المتعلقة بأركانها الثلاثة¹، و قد تم تخصيص مبحث مستقل للركن الشرعي لهذه الجرائم بإعتباره التجسيد الفعلي للشرعية الجنائية هذا من جهة و من جهة أخرى بالنظر إلى صدور قانون مكافحة الفساد نتيجة إلتزامات دولية، و هذا يبرز واقع إعتبار النصوص الدولية كمصدر من مصادر النصوص التجريبية للفساد، و ذلك خروجاً عن الأصل في إعتبار النصوص الجنائية نصوصاً وطنية من صنع المشرع الوطني بناء على إعتبارات وطنية. بالإضافة إلى أن المشرع قد أدرج جرائم الفساد في قانون خاص مستقل عن قانون العقوبات، مما يستدعي البحث في دواعي هذا الإختيار. أما الركنين المادي و المعنوي لجرائم الفساد العامة في مجال الصفقات العمومية فسنعرض لهما من خلال تحليلهما بالنسبة لأهم جرائم الفساد العامة التي تقع بصدد التعامل في الصفقات العمومية، و بالتالي تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، مبحث أول بعنوان تجريم الفساد بين النص الدولي و النص الوطني ثم مبحث ثاني بعنوان تعدد جرائم الفساد المتصلة بالصفقات العمومية.

¹ تعتنق هذه الرسالة التقسيم الثلاثي لأركان الجريمة المسفر عن ركن شرعي و ركن مادي و ركن معنوي.

المبحث الأول: تجريم الفساد بين النص الدولي و النص الوطني

مع مستهل تفجر الفساد في التسعينات، اتسع و تسارع نطاق الإهتمامات الدولية بمناهضة الفساد بدرجة كبيرة. و قد مر هذا الإهتمام بمرحلتين أساسيتين تتمثل الأولى بمنادات المؤسسات الدولية بضرورة الإهتمام بمكافحة الفساد و سعيها لتفعيل إجراءات هذه المكافحة، أما الثانية فجاءت نظرا لتفشي الفساد في أواخر التسعينات فتزايدت مظاهر الإهتمام بمكافحته و بالتالي إنطلقت مرحلة جديدة تميزت بصياغة نصوص دولية تحت دول العالم على إتخاذ إجراءات لمكافحة الفساد. و الجزائر كغيرها من دول العالم قد تأثرت بهذه النصوص الدولية لا سيما بعد أن إعتمدت في سنة 1989 دستورا جديدا نص في المادة 132 منه على اعتبار المعاهدات الدولية التي يصادق عليها رئيس الجمهورية أسمى من القانون العادي فهي إذن مصدر من مصادر القانون. و من ذلك الحين توالى التشريعات الصادرة تطبيقا للالتزامات الدولية للدولة. و لعل من أكثر القوانين تعرضا للتعديل تبعا لذلك هو قانون العقوبات فقد عدل ما يفوق العشر مرات منذ سنة 1989¹، إضافة إلى ذلك فقد صدرت عدة قوانين جنائية خاصة نجد من ضمنها القانون 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته و الذي يتضمن النصوص التجريبية للفساد. و للإلمام بهذه النصوص نتعرض في نقطة أولى إلى إبراز أثر النصوص الدولية على تجريم الفساد و ذلك من خلال التعرض في المطلب الأول إلى مظاهر الإهتمام الدولي بمكافحة الفساد مع التركيز على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بإعتبارها المصدر المباشر للقانون 01/06 أما المطلب الثاني فسنخصصه لوصف القانون 01/06 .

المطلب الأول: الجهود الدولية لمكافحة الفساد

إن التوصل إلى إصدار إتفاقية دولية لمكافحة الفساد لم يتحقق إلا بعد فترة من

¹ القانون 0/89 المؤرخ في 2 أبريل 1989- القانون 02/90 المؤرخ في 6 فبراير 1990 - القانون 15/90 المؤرخ في 14 يوليو 1990 - الأمر 11/95 المؤرخ في 25 فبراير 1995 - الأمر 22/96 المؤرخ في 9 يونيو 1996 - القانون 10/97 المؤرخ في 6 مارس 1997 - القانون 09/01 المؤرخ في 26 يونيو 2001 - القانون 1/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 - القانون 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 - القانون 22/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 - القانون 01/09 المؤرخ في 25/02/2009 - القانون 14/11 المؤرخ في 2/08/2011.

الزمن تميزت بإهتمام دول العالم على مستوى محلي أو إقليمي بمحاربة هذه الظاهرة ، لكن قبل ذلك كانت المؤسسات المالية الدولية قد تناولت قضية الفساد أيضا و جعلت منها محل إهتمامها و عملت على التأثير على الدول من أجل مكافحة الفساد و هذا ما سنتعرض له في الفرع الأول قبل عرض النصوص الدولية لمكافحة الفساد في الفرع الثاني.

الفرع الأول: دور المؤسسات المالية في تشجيع مكافحة الفساد

لقد لعبت الهيئات المالية الدولية دورا مهما في تدويل مكافحة الفساد و الضغط على الدول لتتخذ إجراءات جدية لمكافحة الفساد من خلال اشتراطها لمنح إعاناتها أن تقوم الدول المستفيدة من هذه الإعانات بوضع نظام قانوني معين يكرس مكافحة الفساد. فبعدما كان إهتمام الهيئات المالية الوحيد ينصب على البعد الإقتصادي للتطور، أصبحت تركز على ضرورة إيجاد مؤسسات عمومية فعالة لمسايرة التطور الإقتصادي، و كذلك إحترام بعض الشروط ذات الطابع السياسي و القانوني. فالحكم الراشد يتطلب ضمان أمن المواطنين و إحترام القانون (دولة القانون)، و أن تقوم الهيئات العمومية بتسيير الأموال العمومية بصفة محكمة و عادلة (إدارة محكمة)، و أن يبرر المسؤولون السياسيون أفعالهم و أخيرا أن يكون الإعلام في متناول الجميع (الشفافية).

الجزء الأول: دور البنك الدولي

لقد أعلن البنك الدولي في أكتوبر 1996 على لسان رئيسه " جيمس ولفنسن "

¹ James Wolfenson بمناسبة الجمعية السنوية لصندوق النقد الدولي عن إنطلاق حملة ضد ما أسماه " سرطان الفساد " الذي يحول المال للأغنياء و يرفع سعر كل النشاطات و يتسبب في مخالفات خطيرة في إستعمال الموارد الجماعية مما ينتج عنه فرار الإستثمارات الخارجية، و تعتبر هذه أول خطوة في مرحلة تدويل مشكلة الفساد على

¹ <http://www.worldbank.org/wbi/governance/govdata/>

مستوى مؤسسة عالمية¹. و تبعا لهذا الإعلان بادر البنك الدولي بوضع إستراتيجية جديدة لنشاطه في مجال مكافحة الفساد، و تضمنت تلك الإستراتيجية أربعة محاور:

- 1- منع كافة أشكال الإحتيال و الفساد في المشروعات الممولة من قبل البنك.
- 2- تقديم العون للدول النامية التي تعترم مكافحة الفساد، لا سيما فيما يتعلق بتصميم برامج مكافحة و ذلك بشكل منفرد أو بالتعاون مع المؤسسات الدولية و الإقليمية المعنية. و لم يضع البنك الدولي برنامجا موحدا لكافة الدول النامية، بل طرح نماذجاً متفاوتة تبعا لظروف كل دولة أو مجموعة دول.
- 3- ثالثا إعتبار مكافحة الفساد شرطا أساسيا لتقديم خدمات البنك الدولي في مجالات رسم إستراتيجيات المساعدة، و تحديد شروط و معايير الإقراض، ووضع سياسة المفاوضات، و إختيار و تصميم المشروعات.
- 4- تقديم العون و الدعم للجهود الدولية لمكافحة الفساد.

فيظهر من خلال إستعراض هذه المحاور أن رهن تقديم خدمات البنك بضرورة مكافحة الفساد هي وسيلة ضغط على الدول لإتخاذ إجراءات فعالة لمكافحة الفساد، و هذا ما سنلتمسه أيضا من خلال التعرف على دور صندوق النقد الدولي في مكافحة الفساد.

الجزء الثاني: دور صندوق النقد الدولي

لقد أعلن صندوق النقد الدولي في شهر أوت 1997 عن ضوابط لمنح القروض و المساعدات ظهرت أكثر تشددا من تلك التي وضعها البنك الدولي. فقد أكد الصندوق أنه سيعلق مساعداته المالية لأية دولة يثبت أن الفساد الحكومي فيها يعيق الجهود المبذولة من أجل تجاوز مشاكلها الإقتصادية. و حدد الصندوق الدولي حالات الفساد بالممارسات

¹ و قد أشار رئيس البنك الدولي James Wolfenson في لقاء عام 1998 في واشنطن أن للبنك إستراتيجيات عدة من أجل مكافحة الفساد، لأنه ليس من المهم كم يتدفق للدولة من إستثمارات و تجارة و ليس من المهم معدل نمو الإقتصاد قبل البحث عن الإستقرار الإقتصادي الذي لا يمكن أن يتجذر في بيئة يخربها الفساد. Wolfenson James, <http://www.using.gov/topical/econ/bribes/wolfenson>

المرتبطة بتحويل الأموال العامة عن المجالات المحددة لها، و تورط الموظفين الرسميين في عمليات تحايل جمركي أو ضريبي، و إساءة إستعمال إحتياط العملة الصعبة من قبل هؤلاء الموظفين، و إستغلال السلطة من قبل المشرفين على المصارف، إضافة إلى الممارسات الفاسدة في مجال الإستثمار الأجنبي المباشر¹. كما إتخذ الصندوق موقفا حازما من الدول التي تعتبر رشوة الموظفين الحكوميين في الدول الأخرى نوعا من نفقات ترويج تنظيم لأعمال تستوجب إعفاءها من الضرائب². هذا و طرح الصندوق مجالين رئيسيين لمساهمته في مكافحة الفساد، المجال الأول يخص تطوير إدارة الموارد العامة و مديريات الضرائب و أسس إعداد الميزانيات العامة، و إجراءات و نظم المحاسبة و التدقيق. أما المجال الثاني فهو يخص خلق بيئة إقتصادية مستقرة و شفافة و بيئة أعمال نظامية تشمل تطوير القوانين المتعلقة بالضرائب و الأعمال التجارية.

فمكافحة الفساد في التسعينات كانت تعتبر من ضمن المبادئ المكرسة للحكم الراشد الداخلي/ الوطني، لكن مع تزايد أخطار الفساد في أواخر التسعينيات و تأثيره على سير الإقتصاد العالمي و إخلاله بقواعد المنافسة النزيهة و تدعيمه لمسارات تبييض الأموال، أصبحت الإجراءات المتخذة بإسم الحكم الراشد غير كافية لمواجهة و ظهرت الحاجة لإيجاد تنظيم دولي حقيقي و فعال لمواجهة و تقادي أن يتسبب الفساد في الإخلال بتوازن النظام الإقتصادي و المالي الدوليين و بالتالي أصبحت مكافحة الفساد شرطا من شروط حسن سير المبادلات و تبعا لذلك ينبغي أن تفوق ردة الفعل المستوى الوطني فتتعاون الدول لصنع قواعد ذات تطبيق عام. فنظرا لتداخل مختلف الإقتصادات، فإن مكافحة الفساد لا يمكن أن تتم بصفة فعالة إذا بقيت في إطار وطني محظ لأن المستفيدين يستغلون الإختلافات الموجودة بين مختلف الأنظمة القانونية، مما يستوجب الحد من هذه الإختلافات من خلال إعتناق أنظمة قانونية تتفق عليها الجماعة الدولية و تكرسها في إتفاقيات دولية، و هذا ما سنتعرض له في الفقرة الموالية.

¹ اللواء.د. محمد الأمين البشري، الفساد و الجريمة المنظمة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2007، ص.146

² Daniel DOMMEL, Face à la corruption, Peut-on l'accepter ? Peut-on la prévenir ? Peut-on la combattre ?, EDIK, p.146.

الفرع الثاني: دور المنظمات الدولية

إن ظاهرة الفساد ظاهرة قديمة لم تنشأ عن العولمة الاقتصادية فحسب بل هي موجودة منذ وجود أطماع الإنسان و حبه لنفسه لدرجة تبرير الوسيلة بالغاية غير مباليا في ذلك بما يحدثه من فساد حوله طالما أنه يحقق مصالحه الذاتية فذلك ظلت أغلبية التشريعات الوطنية منذ منتصف السبعينات تجرم و تعاقب أعمال الفساد لاسيما الرشوة و الجرائم المماثلة ، إلا أن الدولة الوحيدة التي توسعت في مفهوم الفساد و أعطته مدلولاً يفوق الإقليم الوطني هي الولايات المتحدة الأمريكية و ذلك من خلال إصدارها بتاريخ 19/12/1977¹ لقانون يعاقب الشركات الأمريكية التي تقوم برشوة الموظفين العموميين الأجبيين في الخارج و ذلك على إثر الفضائح الاقتصادية التي أشير إليها في مقدمة هذه الرسالة. و نظرا لأن هذا القانون كان يسيء نوعا ما لمركز الشركات الأمريكية في مجال المنافسة مع الشركات الأجنبية²، ظلت الولايات المتحدة تسعى على المستوى الدولي إلى مطالبة كل الدول التي تتعامل معها بتبني قوانين مماثلة لقانونها السالف الذكر. و رغم أنها خففت من حدة قانونها في سنة 1988³ إلا أنها واصلت مساعيها نحو تدويل مكافحة الفساد و هذا ما سنتعرض له في الأجزاء التالية.

الجزء الأول: المبادرات الإقليمية

في منتصف التسعينات ظهرت بصفة متتالية عدة نصوص إقليمية ملزمة ترمي إلى مكافحة الفساد. ففي ظرف ثلاث سنوات تمت المصادقة على أربع اتفاقيات متعددة الأطراف.

¹ FCPA (Foreign corrupt practices Act)

² أعربت القيادات التنفيذية للشركات الأمريكية بشأن القانون، عن رغبتها في وجود مجال عادل للمنافسة، و على حث الحكومة الأمريكية مرارا على إتخاذ إجراءات لتدويل محظورات القانون أو إقناع الدول الأخرى بإتباع قوانين مماثلة، ذكر في محمد أحمد غانم، المحاور القانونية و الشرعية للرشوة عبر الوطنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص.281.

³ Omnibus Trade Act

أولها الاتفاقية الأمريكية ضد الفساد¹ التي أبرمت في إطار منظمة الدول الأمريكية² و ذلك بتاريخ 1996/03/29 و التي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1997/03/06 و قد نصت هذه الاتفاقية أساسا على ضرورة تجريم الرشوة الايجابية و السلبية للموظفين العموميين الوطنيين و لكن أيضا رشوة الموظفين العموميين الأجبيين. كما دعت هذه الاتفاقية الدول المصادقة إلى تجريم أفعال أخرى مثل الإثراء غير المشروع.

أما على مستوى الاتحاد الأوروبي فقد أصدر هذا الأخير بتاريخ 1997/05/26 اتفاقية متعلقة بمكافحة الفساد الذي يخص موظفي الجماعات الأوروبية communautés européennes و موظفي الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. ألزمت هذه الاتفاقية الدول الأعضاء بتجريم الرشوة الايجابية و السلبية لموظفي الجماعات communautaires و موظفي الدول الأعضاء.

تلت هذه الاتفاقية اتفاقية منظمة التعاون و التطور الاقتصادي (OCDE) حول فساد الموظفين العموميين الأجانب في المعاملات التجارية الصادرة بتاريخ 1997/12/17 و التي دخلت حيز التنفيذ في 1999/02/15³. و قد وضعت هذه الاتفاقية لهدف اقتصادي متمثل في حماية قواعد المنافسة المشروعة و بالتالي فهي تلزم الدول الأعضاء بتجريم الرشوة الايجابية للموظفين العاميين الأجانب في إطار المعاملات التجارية الدولية. مع الإشارة إلى أن هذه الاتفاقية تتمتع بألية محكمة للمراقبة تعتمد على نظام التقييم المتبادل من قبل الدول الأعضاء.

¹ CICC convention interamericaine contre la corruption

² OEA Organisation des Etats Américains

³ و قد كان مجلس المنظمة قد أقر عام 1994 ، بحض من الولايات المتحدة الأمريكية، توصية رسمية تدعو الدول الأعضاء إلى " إتخاذ تدابير فعالة لردع و منع و مكافحة تقديم رشواى إلى المسؤولين العموميين الأجانب بخصوص معاملات دوائر الأعمال الدولية"، و هي بمثابة أول إلترام رسمي من نوعه تعهدت فيه البلدان الصناعية بالقيام بخطوات ملموسة لمناهضة الفساد.

يمكن إضافة الاتفاقية الجنائية ضد الفساد الصادرة عن المجلس الأوروبي بتاريخ 1999/01/27 التي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 2002/07/01. و قد تضمنت هذه الاتفاقية تجريم الرشوة الايجابية و السلبية للموظفين العموميين الوطنيين و الأجانب و كذلك النواب البرلمانين (الوطنيين و الأجانب) و الموظفين الدوليين و أعضاء الجهات القضائية الدولية كما حث النص على ضرورة تجريم تبييض الأموال الناتجة عن الفساد، و استغلال النفوذ و الرشوة في القطاع الخاص و بعض جرائم المحاسبة.

يضاف إلى هذه الاتفاقيات، اتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد و مكافحته المعتمدة بمابوتو Maputo بتاريخ 2003/07/11 و التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم 137/06 المؤرخ في 2006/04/10 و هي تحت الدول المصادقة على اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لتجريم فساد الموظفين العموميين الوطنيين كما تنص على ضرورة مكافحة الفساد في القطاع الخاص.

الجزء الثاني: دور المنظمات غير الحكومية

لقد لعبت المنظمات غير الحكومية دورا مهما في التعريف و التحسيس بخطر الفساد، و لعل أهم هذه المنظمات هي منظمة الشفافية الدولية¹ Transparency international التي تركز جهودها للحد من الفساد، فهي تعتبر من أكثر المنظمات نشاطا و فعالية في مجال مكافحة الفساد دوليا و قوميا، بحيث تتواجد في أكثر من ثمانين دولة لا سيما العربية بحيث توجد فروع محلية لمنظمة الشفافية الدولية في كل من الأردن و الجزائر و المغرب و اليمن. وهي تجمع في فروعها المحلية الأفراد ذوي الذمم و المعروفين بالنزاهة في المجتمع المدني و في عالم التجارة أو الأعمال و في الحكومات للعمل في تحالف من أجل إصلاح النظام، فنقوم بتجميع و تحليل و نشر المعلومات و زيادة الوعي العام بالأضرار المهلكة للفساد على الإنسان و التنمية الاقتصادية. لكن بالرجوع إلى مصادر تمويل أنشطتها المتمثلة في التبرعات و الإعانات التي تقدمها

¹ أنشئت في عام 1993 من قبل مجموعة من المسؤولين التنفيذيين السابقين في البنك الدولي و يوجد مقرها في مدينة برلين

منظمات حكومية و غير حكومية و مؤسسات إقتصادية كالبنك الدولي و شركات تجارية عالمية فهي لا شك تخدم أيضا مصالح هذه الأشخاص لا سيما الشركات التي تعتبر مساهمتها في تمويل المنظمة بمثابة الدعاية لها كما تستفيد من خلال محاربة الفساد في توفير تكلفة العمولات و الرشاوي التي تظطر لتقديمها لبعض المسؤولين لتميرير بعض الصفقات¹. و لحل ما يهنا في هذه الدراسة أن هذه المنظمة من خلال تقاريرها عن الفساد تعتبر وسيلة ضغط على بعض الدول لتميرير قوانين تخدم مصالح الشركات متعددة الجنسيات أو المؤسسات الدولية، فهي إذن تساهم بطريقة غير مباشرة في التأثير في عملية سن قوانين مكافحة الفساد.

إلى جانب منظمة الشفافية الدولية نشير إلى وجود منظمات أخرى كالمنظمة العربية لمكافحة الفساد² و الشبكة المغاربية لمحاربة الفساد³ و حماية الممتلكات العمومية.

بعد هذا العرض الموجز لأهم المبادرات على الصعيد الخارجي لمكافحة الفساد نصل إلى أهم آلية دولية في هذا المجال وهي إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

الفرع الثالث: إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد

لقد حاولت منظمة الأمم المتحدة أثناء ظهور الفضائح الأولى المتعلقة بالفساد أن تضع أسس إتفاقية ضد الفساد و ذلك على مستوى المجلس الإقتصادي و الإجتماعي⁴ و لكن المحاولة باءت بالفشل⁵. و تعتبر إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة العابرة للحدود الموقعة ببلرما (Palerme) بتاريخ 2000/12/15، أول إنجاز إيجابي قامت به المنظمة في مجال مكافحة الإجرام المالي. فقد فرضت هذه الإتفاقية على الدول الموقعة أن تجرم أربعة أنواع من الأفعال وهي أولا المساهمة في جماعة إجرامية منظمة، ثانيا

¹ تم التعبير عن هذه الأفكار في الملتقى الوطني الثاني حول: الفساد و آليات معالجته المنعقد ببسكرة في أفريل 2012 و ذلك في تدخل: المقدم كرود عبد الحميد، الآليات الدولية لمواجهة الفساد، ص، 70.

² أنشئت على هامش ندوة الفساد و الحكم الصالح في البلاد العربية التي نظمت في بيروت سنة 2004 و ذلك بالتعاون مع مركز دراسات الوحدة العربية و المعهد السويدي بالإسكندرية.

³ المستحدثة خلال المنتدى المغاربي المنعقد في المدينة الجديد بالمغرب سنة 2008.

⁴ F.Vincke, L'anti-corruption, Revue de droit pénal et de criminologie, Avril 2005, p.363.

⁵ أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1996/12/12 القرار 59/51 حول مكافحة الفساد ملحقا به قانون دولي متعلق بحسن تصرف الموظفين العاميين. code international de conduite des agents publics. كما أصدرت إعلانا حول الفساد أعمال الفساد في المعاملات التجارية الدولية.

تبييض الأموال، ثالثا الفساد و أخيرا إعاقة السير الحسن للعدالة. و قد وقعت على هذه الإتفاقية 124 دولة (من ضمن 189 عضو في منظمة الأمم المتحدة) بما فيها سويسرا و اللكسمبرغ و موناكو و ذلك رغم ما يعرف عن تمسك هذه الدول الثلاث بالسر المصرفي المطلق. و قد دخلت هذه الإتفاقية حيز التنفيذ بعد أن صادقت عليها 40 دولة و ذلك بتاريخ 2003/09/29. و على إثر ذلك تمت متابعة عملية تعديل القوانين الوطنية بما يتماشى مع هذه الإتفاقية بصفة مستمرة لا سيما من خلال التقارير الدورية المنجزة حولها. و قد صادقت الجزائر على هذه الإتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي 55/02 المؤرخ في 2002/02/05. و رغم أهمية هذه الإتفاقية إلا أن تزايد خطورة الفساد في العالم إستوجب إيجاد إتفاقية دولية خاصة بالفساد، التي سنتعرض لها أولا من خلال التطرق إلى مرحلتها التحضيرية في الجزء الأول ثم إلى وصف أهم أحكامها في الجزء الثاني.

الجزء الأول: مسار إعداد الإتفاقية

لقد أصدرت جمعية الأمم المتحدة بتاريخ 2000/12/04 القرار رقم 61/55 الذي أنشأ لجنة خاصة مكلفة بتحضير إجراء مفاوضات حول إتفاقية دولية ضد الفساد و ذلك قبل المصادقة على إتفاقية " بلرما ". و بناء على طلب من جمعية الأمم المتحدة، إجتمعت مجموعة من الخبراء المنتمين لمختلف الحكومات، في صيف 2001 من أجل دراسة ما يمكن أن يشكل أعمالا تحضيرية مرجعية لمثل هذه المفاوضات. و قد طلب من لجنة المفاوضات أن تأخذ بعين الإعتبار مختلف الآليات الدولية الموجودة لتفادي الوقوع في التناقض مع مختلف الإتفاقيات الدولية الأخرى نتيجة عدم إعتناق تعاريف موحدة أو فرض إلتزامات متناقضة. كما طلب منها أن تأخذ بعين الإعتبار مساهمات المنظمات غير الحكومية التي شاركت بصفتها أعضاء ملاحظة.

و بعد القيام ببعض الأعمال التحضيرية خلال سنة 2001، إفتتحت المفاوضات الشكلية بفيينا « Vienne » في جانفي 2002. و قد كان من المقرر إجراء 6 دورات

ممتدة ما بين 2002 و 2003 إلا أنه قد تم إضافة دورة سابعة و أجري حفل التوقيع على الإتفاقية بمريدا (Merida) بالمكسيك ما بين 9 و 11 ديسمبر 2003 بعد أن إعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 2003/10/31. و قد دخلت هذه الإتفاقية حيز التنفيذ بتاريخ 2005/12/14. و قد صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 128/04 المؤرخ في 2004/04/19 و يمكن اعتبارها مصدرا مباشرا للقانون 01/06 المتعلق بمكافحة الفساد. و فيما يلي نتعرض لوصف أهم ما جاء في هذه الإتفاقية.

الجزء الثاني: أهم أحكام الإتفاقية

تعد إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد من أكثر الإتفاقيات الدولية تفصيلا، فقد تضمنت 71 مادة و هي أول إتفاقية في مجال مكافحة الفساد ذات بعد عالمي. يمكن إرجاع المواضيع الأساسية التي إعتنت بها هذه الإتفاقية الى أربعة مجالات، أولا إجراءات الوقاية ثانيا الأحكام التجريبية و الكشف و معاقبة بعض الجرائم، ثالثا المساعدة الدولية و أخيرا إسترداد الأموال.

بالنسبة للمجال الأول فقد تضمنته المواد من 5 إلى 14 من الاتفاقية، و قد سطرت هذه النصوص أطر العمل *pistes d'action* و الأهداف المراد تحقيقها دون أن تحدد الوسائل و الآجال لتحقيقها. بل أكثر من ذلك فإن الكثير من الإجراءات المسطرة قد وضعت تحت شرط مطابقتها للمبادئ الأساسية للقانون الداخلي للدول الأعضاء و بهذا الشكل فليس لهذه الإجراءات أية قيمة ملزمة. تتمثل بعض هذه الإجراءات في إنشاء جهاز أو أجهزة مستقلة للوقاية من الفساد (م6) كما تحت على التسيير الشفاف و الموضوعي للمسار المهني للموظفين العموميين الى جانب تشجيع الرجوع الى المدونة الدولية لقواعد سلوك الموظفين العموميين (م7 و 8) كذلك فرض أكثر شفافية في مجال تمويل الأحزاب السياسية ، كذلك تشجيع الشفافية، المنافسة و الموضوعية في إبرام الصفقات العمومية و الشفافية و المسؤولية في تسيير المال العام (م9). بالإضافة الى الوقاية من الفساد في القطاع الخاص من خلال تعزيز الرقابة على المحاسبة و مراجعة الحسابات، و تشجيع

وضع مدونات قواعد سلوك من أجل إقامة المنشآت التجارية و جميع المهن ذات الصلة بممارسة أنشطتها على وجه صحيح. كما أن المادة 12 في فقرتها الأخيرة قد حثت كل الدول على ألا تسمح بإقتطاع النفقات التي تمثل رشاوى من الوعاء الضريبي¹.

أما المجال الثاني و هو يتمثل في الفصل الثالث من الإتفاقية بعنوان التجريم و إنفاذ القانون فهو بمثابة لبها كونه يتضمن الأحكام الرامية إلى تعريف و تجريم ما يشكل أعمال الفساد. و للملاحظة فإن بعض الأحكام التجريبية وردت على سبيل الإلزام و البعض الآخر على سبيل الإشارة بحيث يبقى للدول الحرية في عدم التجريم. بالنسبة للنصوص الملزمة فهي تخص مثلا الرشوة الإيجابية و السلبية للموظفين العموميين الوطنيين (م15) أو الرشوة الإيجابية للموظفين العموميين الأجانب و موظفي المنظمات الدولية (م16ف1) و غيرها. أما النصوص التي لم ترد على سبيل الإلزام فنذكر منها ما يتعلق بالرشوة السلبية للموظفين العموميين الأجانب و موظفي المنظمات الدولية (م16ف2) أو الرشوة في القطاع الخاص (م21).

إلى جانب الأحكام التجريبية هناك بعض الأحكام المساعدة تضمنتها المواد من 26 إلى 50 مثل ما يتعلق بمسؤولية الشخص المعنوي و إطالة مدة التقادم.

أما المجال الثالث المتعلق بالتعاون الدولي فقد كان محل نقاش طويل و مكثف خاصة من قبل الولايات المتحدة الأمريكية. فتضمنت المادة 44 شروط تسليم المجرمين و مختلف أشكال المساعدة القضائية كما تضمنت المادة 50 وسائل التحري الخاصة.

أما المجال الرابع فيخص إسترداد الموجودات و قد ورد هذا النص إستجابة لطلب الدول النامية، لأن هذه الدول غالبا ما تعتبر أن أموالها قد نهبت من قبل بعض مسيريهيها و أن ثرواتها قد حولت من قبل هؤلاء نحو دول الشمال. و قد تقرر مبدأ إسترداد الموجودات على أنه مبدأ أساسي للإتفاقية (م51).

¹ Déduction fiscale des pots-de-vin.

بخلاف اتفاقية 1997 و إتفاقيات منظمة الدول الأمريكية و المجلس الأوروبي، فإن إتفاقية 2003 لا تعرف إجراءات توجيه monitoring أعمال الدول الموقعة. غاية ما هناك أنه في إطار مؤتمرات conférences الدول الأعضاء التي ستستدعى كأقصى حد سنة بعد دخول الإتفاقية حيز التنفيذ، سوف يدرج ضمن إختصاصاتها مراقبة دورية لمدى تطبيق الإتفاقية من قبل الدول (م63ف4 و م63ف6 و م63ف7).

نستنتج إذن أن إتفاقية " مريدا " « Merida » لا تتضمن سوى عناصر أولية لنظام المتابعة و أن الشروع في نظام مراقبة فعلي أمر عائد لإرادة الدول الأعضاء صف إلى أنها من خلال منحها للدول الأعضاء هامش كبير للتقدير في تطبيق أحكام تجريبية عديدة importante marge d'appréciation، فتحت المجال أمام فوارق في إجراءات تطبيق الإتفاقية و بالتالي سمحت للدول أن تختلف في تطبيق الأحكام التجريبية للإتفاقية. و هذا لا شك سيؤدي الى إيجاد مجموعة غير متناسقة من التشريعات الوطنية و بالتالي ستواجه المؤسسات في مجال الأعمال أحكاما قانونية غير متجانسة non homogènes و ذلك في مختلف الدول التي تنشط فيها. فمثلا سنجد بعض الدول تعاقب بشدة الرشوة في القطاع الخاص كفرنسا¹ بينما دول أخرى لا تعاقب عليها على الإطلاق² و بالتالي فسيغيب الهدف المنشود و هو التساوي في الحظوظ و الأخطار و هو الهدف المنشود وفق المنظور الليبرالي للسوق. لهذا ربح عالم المال و الأعمال بهذه الإتفاقية مع بعض التحفظات، كون المؤسسات تفضل نصوصا أقصر و مركزة على أهم المشاكل المتعلقة بالفساد و ذات القوة الإلزامية الواحدة. و فيما يلي نبرز مظاهر إهتمام الإتفاقية بمكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية.

¹ يعاقب قانون العقوبات الفرنسي على الرشوة في القطاع الخاص بموجب المادتين 1-445 و 2-445 بعقوبة خمس سنوات حبس و غرامة مالية قدرها 75000 أورو، بالإضافة إلى عقوبات تكميلية نصت عليها المادة 3-445.

² قد أشارت لجنة البرلمان الأوروبي في تقريرها المقدم لمجلس الإتحاد الأوروبي إلى وجود دول أعضاء في الإتحاد لم تقم بمعاقبة الرشوة في القطاع الخاص كما حدث على ذلك المجلس في المادة التاسعة من القرار رقم 2003/568/JAI الصادر عنه بتاريخ 2003/07/22 المتعلق بمكافحة الفساد في القطاع الخاص، أنظر التقرير الموجود على موقع:

<http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/11/st11/st11212.fr11.pdf>

الجزء الثالث: إهتمام الإتفاقية بمكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية

لقد تضمنت ديباجة الإتفاقية ذكر مبادئ الإدارة السليمة للشؤون و الممتلكات العمومية، كما وضعت ضمن أغراضها تعزيز النزاهة و المساءلة و الإدارة السليمة للشؤون العمومية و الممتلكات العمومية و قد تضمنت مادة مفصلة بعنوان المشتريات العمومية و إدارة الأموال العمومية (المادة 9) حثت فيها الدول الأطراف على إتخاذ الخطوات اللازمة لإنشاء نظم إشتراء مناسبة تقوم على الشفافية و التنافس و على معايير موضوعية في إتخاذ القرار، و تتسم ضمن جملة أمور بفاعليتها في منع الفساد. ثم تضمنت نفس المادة القيم و التوجيهات التي على الدولة مراعاتها في إطار الشراء العمومي، فحثت الدول على وضع نظم تمكن من توزيع المعلومات المتعلقة بإجراءات و عقود الإشتراء، و القيام مسبقا بإقرار و نشر شروط المشاركة و كذلك إستخدام معايير موضوعية و مقررة مسبقا لإتخاذ القرارات المتعلقة بالمشتريات العمومية و إقامة نظام فعال للمراجعة الداخلية بما في ذلك نظام فعال للطعن و إتخاذ تدابير لتنظيم الأمور المتعلقة بالعاملين المسؤولين عن المشتريات. و يعبر هذا الإهتمام الخاص بمكافحة الفساد في مجال الشراء العمومي على مدى خطورة الفساد حين التعامل بالصفقات العمومية المعتمدة الأداة الأساسية للشراء العمومي.

بعد الوصف العام لما جاء في إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد نشير إلى أنه بعد أن صادقت الجزائر عليها و بعد أن دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 2005/12/14 كانت الجزائر من الدول السباقة لإصدار نص وطني لمكافحة الفساد تماشيا مع الإتفاقية و هو القانون 01/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته و الذي سنتعرض له في المطلب الثاني في إطار نصوص التجريم الداخلية.

المطلب الثاني: نصوص التجريم الداخلية

تنص المادة الأولى من قانون العقوبات على أنه " لا جريمة و لا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون " ، فيستفاد من هذه المادة بوضوح أن النص القانوني الجنائي هو بمثابة

حجر الأساس في إضفاء الصفة الإجرامية على أي فعل إرتكب، فلا يمكن معاقبة مرتكب أي فعل مهما بلغت درجة بشاعة هذا الفعل ما لم يكن ثمة نص قانوني سابق على إرتكابه يجرمه و يحدد له جزاءا جنائيا¹. و أهمية النص التجريمي تفرض على المشرع أن يصيغ النصوص التجريبية بصفة واضحة تسمح للمخاطب بها أن يعرفها و يفهمها و إلا سادت الفوضى و التعسف، فنذكر على سبيل المثال ما ساد من تعسف وإضطراب في فرنسا قبل وجود النصوص القانونية التجريبية العقابية، فقد كان في إمكان القضاة أن يصفوا أي فعل بأنه جريمة وفق تقديرهم الخاص كما كان في إمكانهم أن ينطقوا بأية عقوبة يختارونها دون الرجوع لأي نص عام و مجرد، فعمت الفوضى و الظلم و عدم المساواة و كان ذلك الوضع من الأسباب التي أدت إلى نشوب الثورة الفرنسية، فتغير الوضع بصدور قانون العقوبات لسنة 1810² الذي يعد مصدرا أساسيا لقانون العقوبات الجزائي الصادر في سنة 1966³. لكن قانون العقوبات قد عرف العديد من التعديلات منذ صدوره، فقد أدرجت فيه نصوصا جديدة أو حذفت منه أخرى لكن يظل المصدر الرئيسي للتجريم و العقاب، إلا أنه في السنوات الأخيرة و نظرا لتزايد تدخل القانون الجنائي في فروع القانون الأخرى ظهرت العديد من النصوص الخاصة بمجالات و نشاطات معينة تتضمن نصوصا جزائية كقانون العمل و قانون حماية حقوق المؤلف و قانون الضرائب فتشكلت فروع متخصصة للقانون الجنائي، و شاع الحديث عن القانون الجنائي للأعمال و القانون الجنائي للبيئة و القانون الجنائي الإداري، فتميزت هذه الفروع الجديدة بإستحداث المشرع لجرائم خاصة بكل مجال إلى جانب قابلية بعض الجرائم الأصلية في قانون العقوبات للإلتحاق على هذه المجالات الجديدة، مما يقودنا للحديث عن جرائم الفساد بصفة عامة و جرائم الفساد في الصفقات العمومية بصفة خاصة. فقد أصدر المشرع القانون 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، و أدرج جرائم الفساد في هذا النص. هذا و إن كان الأصل أن مصادر التجريم و العقاب تتمثل في النصوص الجنائية فإن تجريم السلوكات الخاصة بأنشطة أو مجالات متخصصة مثلما هو

¹ إذ تنص المادة 2 من قانون العقوبات على أنه: " لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة"

² Jacques Leroy, Droit pénal général, L.G.D.J, 2^{ème} édition, 2007, p.33.

³ بموجب الأمر 156-66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات.

الشأن بالنسبة لجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية يعتمد في تحديده لعناصر الجريمة على مفاهيم مستمدة من النصوص القانونية المنظمة لتلك المجالات إلا أن الشرعية الجنائية تستمد من نص التجريم لا من النصوص غير الجنائية المكمل له و عليه سيقنصر هذا المطلب على دراسة النصوص المنشئة للجريمة، و للإلمام بها تم إختيار التعرض في الفرع الأول إلى السياسة المنتهجة في تجريم الفساد ثم في فرع ثاني إلى وصف قانون مكافحة الفساد للتوصل الى معرفة منهج المشرع في تجريمه للفساد في مجال الصفقات العمومية.

الفرع الأول: سياسة المشرع في تجريم الفساد

تعتبر جرائم الفساد من ضمن الجرائم التي طالتها حركة إصلاح النصوص التشريعية الجنائية التي شهدها قانون العقوبات في السنوات الأخيرة، إلا أنها تميزت عن أغلبها في إخراجها من قانون العقوبات و وضعها في قانون مستقل سمي القانون المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته، و لفهم السياسة الجنائية المنتهجة في تجريم الفساد و جب الرجوع أولاً إلى سياسة المشرع العامة في تعديل قانون العقوبات ثم إبراز سياسته الخاصة في تجريم الفساد.

الجزء الأول: تعديل الجرائم ضمن قانون العقوبات

تتفق جرائم الفساد مع الجرائم التي عدلت أو إستحدثت في قانون العقوبات في أن النصوص المتعلقة بها صدرت تجسيدا لإلتزام دولي ناشئ عن المصادقة على إتفاقيات دولية لكنها تختلف معها في السياسة المنتهجة من قبل المشرع في تجريم هذه الأفعال، فإن كان قد أخرج جرائم الفساد من قانون العقوبات فإنه قد عدل أخرى و أبقى عليها في قانون العقوبات¹.

¹ فيما يخص تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 15/04 المؤرخ في 2004/11/10 فقد تم تعديل بعض الجرائم و إستحداث البعض الآخر. فالنسبة لجريمة التعذيب فقد كان قانون العقوبات ينص في ف(3) من المادة 110 مكرر على معاقبة كل موظف أو مستخدم يمارس أو يأمر بممارسة التعذيب للحصول على إقرارات، أما تعديل 2004 فقد ألغى هذه الفقرة و تم العنوان رقم 1 من القسم الأول من الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الثالث من قانون العقوبات و ذلك بموجب المادة 8 من القانون 15/04 فأصبح العنوان "القتل العمد و القتل مع سبق الإصرار و

أما بالنسبة لجرائم الفساد التي كان منصوص عليها في قانون العقوبات لاسيما في المواد الواقعة في الفصل المتعلق بالجنايات و الجنح ضد السلامة العمومية، ابتداء من المادة 119 إلى غاية المادة 134 باستثناء المواد 119 مكرر و 120 و 132، فقد ألغيت من قانون العقوبات و وضعت في قانون خاص منفصل عن قانون العقوبات، و هذا الأمر يستوقف الباحث لي طرح تساؤلا حول الهدف أو المغزى من إخراج جرائم الفساد من قانون العقوبات؟ و هذا ما سيتم التعرض له في الجزء الموالي.

الجزء الثاني: إخراج جرائم الفساد من قانون العقوبات

لقد اتخذ المشرع بالنسبة لتجريم الفساد موقفا مختلفا عن ذلك المتعلق بالجرائم المعدلة أو المستحدثة في إطار قانون العقوبات المشار إليها حيث أخرجها من القانون ليضعها في قانون مستقل، و ذلك رغم أن جمع الجرائم في القانون له مزايا عديدة. و قبل التعرض إلى الدور الذي يلعبه القانون في مجال القانون الجنائي و جب التذكير بأن القاعدة القانونية بصفة عامة ترمي إلى تحقيق الإستقرار في المجتمع من خلال تنظيم العلاقات بين الأفراد و المؤسسات، و القاعدة الجنائية بالخصوص حاملة للقيم الأساسية السائدة في مجتمع ما، و التجريم لا يطول إلا الأفعال التي تضر بالمصالح التي يعتبرها المجتمع جديرة بالحماية الجنائية، فتكفل بذلك القاعدة الجنائية الأمن و الإستقرار أيضا، و لتقي بغرضها هذا يشترط أن تتوفر فيها بعض الخصائص¹ نجد من بينها خاصية " المنال" (l'accessibilité) و مفادها وفق " توماس بيازون" Thomas PIAZZON أن تكون القاعدة القانونية في متناول المخاطب بها² ، و القول بأن تكون القاعدة في متناول

الترصد و قتل الأصول و الأطفال و التسمم و التعذيب" أي أنه أضاف جريمة التعذيب، و قد خصص لها المشرع ثلاث مواد من 263 مكرر الى 263 مكرر 2 موسعا التعذيب الى كل عمل ينتج عنه عذاب أو ألم شديد جسديا كان أو عقليا يلحق عمدا بشخص ما، مهما كان سببه. أما بالنسبة لجريمة التحرش الجنسي فقد أدرجت ضمن جرائم انتهاك الآداب بموجب المادة 341 مكرر كذلك الشأن بالنسبة لجريمة تبييض الأموال فقد خصص لها المشرع قسما كاملا بحيث أدمج القسم 6 مكرر في الفصل الثالث المتعلق بالجنايات و الجنح ضد الأموال و المعنون بتبييض الأموال و قد تضمن هذا الفصل 8 مواد من المادة 389 مكرر الى 389 مكرر 7. أما جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات فقد خصص لها المشرع أيضا قسما كاملا و هو القسم السابع مكرر. من جهته أسفر تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 01/09 المؤرخ في 2009/02/25 عن إدراج جرائم الإتجار بالأشخاص من خلال إستحداث قسم خامس مكرر في الفصل المتضمن للجنايات و الجنح ضد الأشخاص، و كذلك القسم الخامس مكرر 1 فيما يخص جرائم الاتجار بالأعضاء و كذلك القسم الخامس مكرر 2 فيما يخص جرائم تهريب المهاجرين.

¹ Thomas PIAZZON, La sécurité juridique, Editions DEFRENOIS et Editions Alpha, Beyrouth, 2010, p. 6.

² IDEM

المخاطب بها يفيد من جهة أن تكون في متناوله ماديا أي أن النص المتضمن لها يكون بين يديه¹ و من جهة أخرى أن تكون قابلة للفهم، و هذا ما يسميه الدكتور أحمد فتحي سرور " اليقين القانوني " و يعتبره الركيزة الثانية لمبدأ الشرعية بعد مبدأ إنفراد التشريع بالنص على القواعد الجنائية² 3. و قد ظل تقنين القواعد القانونية أنجع طريقة يتبعها المشرع لتحقيق خاصية المنال و كذا اليقين القانوني المشار إليهما أعلاه. و قد حظيت تقنية التقنين بإهتمام الفقهاء و الدارسين لا سيما في فرنسا⁴، و إستقرت جل هذه الدراسات على فكرة أن قانونا مقننا هو قانون منظم و عقلاني و من ثم في متناول المخاطب به، و قد لاحظت هذه الدراسات أيضا أن التقنين هو ما يميز الأنظمة القانونية الرومانو جرمانية على الأنظمة الأنجلوسكسونية التي لا تعرف التقنين و تتسم من ثمة بالتشتت و صعوبة المنال⁵. بل أكثر من ذلك يظهر التقنين كوسيلة لحل مشكلة التضخم التشريعي السائد في الدول الحديثة⁶، و قد جاء على لسان أحد المهتمين بدراسة القانون أن التقنين هو تنظيم لكتلة القواعد بشكل يسمح بتحقيق الأمن القانوني *sécurité juridique* و يعيد الإعتبار لقاعدة أنه " لا يعذر بجهل القانون "⁷. و هذا ما يؤكد أيضا الدكتور أحمد فتحي سرور بإعتباره أن الأمن القانوني هو أحد العناصر الأساسية في حماية الحقوق و الحريات و هو يفترض إلتزام الدولة بضمان العلم بالقانون لدى المخاطبين به، و هو يعتبر هذا الإلتزام مكملا لمبدأ عدم جواز الإعتذار بالجهل بالقانون⁸.

نخلص مما سبق ذكره أن الهدف من التقنين في المجال الجنائي هو بالدرجة الأولى تنظيم الأحكام التجريبية و العقابية و توضيحها بشكل يساعد على الاطلاع عليها

¹ و هذا ما يبرر أن القوانين لا تكون نافذة إلا بعد صدورها في الجريدة الرسمية وفق ما جاء في المادة الرابعة من القانون المدني.
² د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الرابعة، دار الشروق، القاهرة، 2006، ص.83

³ يرى الدكتور أحمد فتحي سرور بأن اليقين القانوني الجنائي يتحقق : " بأن يعرف المخاطبون بالقانون سلفا ماهية الأوامر و النواهي التي ينص عليها و الجزاءات التي قد يتعرضون لها عند مخالفتها، المرجع السالف الذكر، ص. 83.

⁴ و قد ذكر الدكتور " توماس بيازون " Thomas PIAZZON في رسالته في الصفحة 471 عشرات الكتب و المقالات العلمية حول عملية القانون.

⁵ MALAURIE. Ph, « Les enjeux de la codification », Annuaire juridique de droit administratif, 1997, p.642 et s.

⁶ Molfessis. N, « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », Revue Trimestrielle de Droit civil, 2000, p. 186 et s.

⁷ BRAIBANT G ; « La problématique de la codification », p.165 et s.

⁸ د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص. 85.

و يسهل تطبيق قاعدة " أنه لا يعذر بجهل القانون"، فيعتبر بذلك قانون العقوبات بمثابة الشريعة العامة (commun) في المجال الجنائي، و مادام الأمر كذلك فما الذي دعا بالمشرع إلى إخراج جرائم الفساد من قانون العقوبات؟

فإن كان ليس من الجديد أن تصدر قوانين جنائية خاصة تعاقب على الجرائم التي ترتكب في مجالات متخصصة فإن الجديد أن تحذف نصوص عقابية من قانون العقوبات لكي توضع في قانون خاص، فهل استحالة تقنيا إدماج الأحكام الجنائية لجرائم الفساد داخل قانون العقوبات أم أن الهدف هو جعل من جرائم الفساد جرائم خاصة ليس في الإمكان إبقاؤها ضمن التصنيفات الموجودة في قانون العقوبات. فجرائم الفساد قبل إخراجها من قانون العقوبات¹ كان منصوص عليها ضمن الجرائم الواقعة ضد السلامة العمومية أو بالأخص الجرائم ضد الشيء العمومي، لكن مدلول جرائم الفساد التي تضمنها القانون 01/06 أصبح يتضمن جرائم لا يمكن إدراجها في التصنيف السالف الذكر كجرائم الفساد في القطاع الخاص أو جرائم الفساد المرتكبة من قبل الموظفين العموميين الأجانب. و إن كان في إمكان المشرع أن يدرج النصوص المستحدثة في تصنيفات أخرى ضمن قانون العقوبات إلا أن ذلك كان سيترتب عليه تفكيك جرائم الفساد في حد ذاتها، فينتج عن ذلك جرائم فساد ضد الشيء العمومي و جرائم فساد في القطاع الخاص و جرائم فساد مضررة بحرية المنافسة و غيرها... أما جمع كل جرائم الفساد في نص خاص فيسمح للمطلع عليها أن تكون له نظرة شاملة، بالإضافة على أن القانون 01/06 ليس قانونا جنائيا محضا بل سطر سياسة شاملة لمكافحة الفساد كما وضح الأهداف المرجوة منه و هذا لا شك في أنه يساهم في توضيح النصوص الجنائية و تفسيرها تفسيراً غائياً متناسقا. و فيما يلي نتعرض إلى وصف عام للقانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته للتوصل إلى معرفة الإطار القانوني لتجريم الفساد بصفة عامة و تجريم الفساد في مجال الصفقات العمومية بصفة خاصة.

¹ لم يكن قانون العقوبات يستعمل عبارة " جرائم الفساد " بل ظهر هذا المصطلح مع القانون 01/06.

الفرع الثاني: ذاتية قانون مكافحة الفساد

لا شك في أن وضع النصوص التجريبية للفساد في قانون خاص يبرز أهميتها و يسهل الإلمام بمدلولها من خلال تجميع المفاهيم المحيطة بها مما يسهل للقاضي الجنائي مهمة الإحاطة بعناصر جرائم الفساد. و باعتبار القانون 01/06 هو النص الأساسي في مكافحة الفساد بصفة عامة و في تجريم أعمال الفساد بصفة خاصة و يجب التعرض إلى وصفه بصفة عامة في الجزء الأول من هذا الفرع ثم إلى تحديد المقصود بجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية في الجزء الثاني.

الجزء الأول: وصف القانون 01/06

إن القانون 01/06 ليس قانونا تجريميا محضا بل جاء ليطر السياسة الجنائية لمكافحة الفساد في جانبها الوقائي و جانبها الردعي. فقد تضمن 3 أبواب سابقة على الباب المتعلق بالتجريم و العقوبات و أساليب التحري في مجال جرائم الفساد. و قد حددت أهداف هذا القانون في المادة الأولى منه على أنها، أولا دعم التدابير الرامية إلى الوقاية من الفساد مثلا وضع القواعد الواجبة المراعاة عند توظيف مستخدمي القطاع العام و كذلك عند تسيير حياتهم العامة. ثانيا تقرير النزاهة و المسؤولية و الشفافية في تسيير القطاعين العام و الخاص و ذلك من خلال ما فرضه من التزام الموظفين العموميين بالتصريح بممتلكاتهم، و كذلك من خلال حث مؤسسات الدولة على وضع مدونات و قواعد سلوكية تحدد الإطار الذي يضمن الأداء السليم و النزاهة و الملائم للوظائف العمومية و العهدة الانتخابية بالإضافة إلى التأكيد على قواعد الشفافية و المنافسة الشريفة في مجالي إبرام الصفقات العمومية و تسيير الأموال العمومية و التعامل مع الجمهور، و يتم ذلك أيضا من خلال تشجيع مشاركة المجتمع المدني في الوقاية من الفساد، و أخيرا تضمن الباب الثاني إنشاء هيئة وطنية للوقاية من الفساد و مكافحته و حدد كيفية سيرها. أما الهدف الأخير لهذا القانون فيتمثل في تسهيل و دعم التعاون الدولي و المساعدة التقنية من أجل الوقاية من الفساد و مكافحته بما في ذلك استرداد الموجودات. و قد حددت كيفية

هذا التعاون في الأحكام الإجرائية لهذا القانون و ذلك في الباب الخامس منه تحت عنوان التعاون الدولي و استرداد الموجودات.

فيستنتج بادئا ببدء أن وسائل السياسة الجنائية المسطرة من خلال القانون 01/06 ليست عقابية بالدرجة الأولى، بل اعتمدت الوسائل الوقائية و كذلك إشراك المجتمع المدني في مكافحة الفساد و هي سمات من سمات النظام الليبرالي¹ و هذا يشكل منعرجا مهما في السياسة الجنائية الوضعية.

أما عن الأحكام الجنائية للقانون 01/06 فقد تضمنها الباب الرابع منه تحت عنوان التجريم و العقوبات و أساليب التحري. فمن ناحية نصوص التجريم فقد تضمن هذا الباب ثلاث و عشرين نصا تجريميا، تلتها تسع مواد حول أحكام خاصة لمبادئ القانون الجنائي العام في مجال مكافحة الفساد لاسيما فيما يخص العقوبات و التجميد و الحجز و المصادرة و كذلك الشروع و المشاركة ثم مسؤولية الشخص المعنوي، فالتقادم و بعده آثار الفساد و أساليب التحري الخاصة.

ما يمكن ملاحظته أولا، هو أن أغلب جرائم الفساد المنصوص عليها في القانون 01/06 ليست جرائم مستحدثة، بل تضمنها قانون العقوبات من قبل في شكل و ترتيب مختلفين. فاستهل الباب المتضمن للنصوص التجريبية بالمادة 25 المتعلقة برشوة الموظفين العموميين بشكليها الايجابي و السلبي و قد عوضت هذه المادة المواد 126 و 126 مكرر و 127 و 129 من قانون العقوبات، تلتها المادتين 26 و 27 المتعلقتين بالفساد في مجال الصفقات العمومية و قد عوضتا المواد 128 مكرر و 128 مكرر 1 من قانون العقوبات. أما المادة 29 المتعلقة باختلاس الممتلكات من قبل موظف عمومي أو استعمالها على نحو غير شرعي فقد عوضت المادتين 119 و 119 مكرر من قانون العقوبات، تلتها المادة 30 التي تعاقب على الغدر و تقابلها المادة 121 الملغاة من قانون العقوبات ثم المادة 31 المتعلقة بالإعفاء و التخفيض غير القانوني في الضريبة و الرسم

¹ Mireille Delmas-Marty, Les grands systèmes de politique criminelle, PUF,1992, p 110-122.

و تقابلها المادة 122 من قانون، تلتها المادة 32 التي تعاقب على استغلال النفوذ و تقابلها المادة 128 من قانون العقوبات و أخيرا المادة 35 المتعلقة بأخذ فوائذ بصفة غير قانونية و تقابلها المادة 123 من قانون العقوبات¹.

أما عن الجرائم المستحدثة بموجب القانون 01/06، فنجد أولا ما تضمنته المادة 28 الخاصة برشوة الموظفين العموميين الأجانب و موظفي المنظمات الدولية، كذلك ما جاء في المادة 33 حول جريمة إساءة استغلال الوظيفة، كذلك المادة 34 حول تعارض المصالح، كذلك جريمة عدم التصريح أو التصريح الكاذب بالامتلاكات في المادة 36 ثم جريمة الإثراء غير المشروع في المادة 37 و كذلك جريمة تلقي الهدايا في المادة 38 و جريمة التمويل الخفي للأحزاب السياسية في المادة 39 و أخيرا المادتين 40 و 41 فيما يخص جريمتي الرشوة و اختلاس الامتلاكات في القطاع الخاص.

هناك جرائم أخرى تضمنتها المواد من 42 الى 47 و هي جرائم مازالت منصوص عليها في قانون العقوبات و لكن خصص لها المشرع بعض الأحكام المختلفة إذا اتصلت بجرائم الفساد. و من هذه الجرائم نجد أولا جريمة تبييض العائدات الاجرامية (المادة 42) و التي تقابلها المادة 389 مكرر من قانون العقوبات و التي في حقيقة الأمر لم تضاف أي حكم خاص بل أحالت الى التشريع الساري المفعول في هذا المجال و هو المادة 389 مكرر السالفة الذكر، كما نجد جريمة الإخفاء المنصوص عليها في المادة 43 من القانون 01/06 و التي يعاقب عليها قانون العقوبات بموجب المادتين 388 و 389 منه، و قد ضاعفت المادة 43 السالفة الذكر العقوبة السالبة للحرية. و كذلك جريمة إعاقة السير الحسن للعدالة المعاقب عليها بموجب المادة 44 و التي تجمع في نص واحد فعل حمل الغير على الإدلاء بشهادة الزور أو منع الإدلاء بالشهادة و تقديم الأدلة في إجراء متعلق بارتكاب جريمة من جرائم الفساد و كذلك من يعرقل سير التحريات الجارية بالنسبة

¹ مع الملاحظة أن هذه الجرائم التي كان لها ما يقابلها في قانون العقوبات قد تغيرت في مضمونها لاسيما من حيث صياغة عناصر التجريم و كذلك من حيث العقاب.

لنفس الأفعال و أخيرا الرفض العمدي لتزويد الهيئة (هيئة الوقاية من الفساد و مكافحته) بالوثائق و المعلومات المطلوبة. و هذه المادة تتضمن عموما أحكاما منصوص عليها في قانون العقوبات و لكن بصفة متفرقة. كما قررت المادة 45 حماية للشهود و الخبراء و المبلغين و الضحايا من خلال تجريم و معاقبة كل شخص يلجأ الى الانتقام أو الترهيب أو التهديد ضد الأشخاص المذكورين. تلتها المادة 46 حول تجريم فعل البلاغ الكيدي، الفعل المنصوص و المعاقب عليه بموجب قانون العقوبات. و أخيرا المادة 47 الذي تجرم و تعاقب على عدم الإبلاغ عن الجرائم و هو الفعل المعاقب عليه بموجب المادة 181 من قانون العقوبات و التي الى جانب تخفيضها للحد الأدنى من عقوبة الحبس فهي تتوجه للأشخاص الذين يعلمون بحكم مهنتهم أو وظيفتهم الدائمة أو المؤقتة بوقوع جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد، و هؤلاء الأشخاص عادة ما يكونون ملزمين بكتمان السر المهني كما انه و بخلاف المادة 181 التي أحالت على نص المادة 91 من قانون العقوبات و التي تنص صراحة على عدم الإخلال بواجبات السر المهني عند تطبيق هذا النص فإن المادة 47 لم تشترط عدم الإخلال بالسر المهني مما يجعل الإلتزام بالإبلاغ عن جرائم الفساد أقوى من الإلتزام بكتمان السر المهني.

و بعدما ذكرنا ما تضمنه القانون 01/06 من جرائم نتعرض في الفرع الموالي إلى تحديد جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية.

الجزء الثاني: تحديد جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية

إن القول بوجود جرائم فساد في مجال الصفقات العمومية يستوجب التساؤل عن طبيعة هذه الجرائم، هل هي جرائم خاصة بهذا المجال أم أنها جرائم فساد تنطبق على الصفقات العمومية كما تنطبق على مجالات أخرى من مجالات نشاط الإدارة.

الملاحظ بادئ ذي بدأ أن المشرع من جهة قد إستعمل في القانون 01/06 عبارة "الصفقات العمومية" في تسمية الجرائم مرتين، مرة في عنوان المادة 26 منه بحيث إستعمل تسمية "الإمتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية" و مرة في عنوان

المادة 27 تحت تسمية "الرشوة في مجال الصفقات العمومية" ، و من جهة أخرى فقد نص في المادة 34 منه على جريمة " تعارض المصالح " التي يعاقب نصها على مخالفة أحكام المادة 9 من نفس القانون و هي الأحكام الخاصة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية. فأما فيما يخص المادة 26 فهي مادة غير مستحدثة بحيث كانت المادة 128 مكرر الملغاة من قانون العقوبات تنص على نفس الفعل¹، و أما المادة 27 فهي تعتبر أحد تطبيقات جريمة الرشوة المنصوص عليها في المادة 25 من القانون 01/06 و بالتالي لا يمكن القول بأن القانون 01/06 قد إستحدثها، أما بالنسبة للمادة 34 فلم نجد لها مثيلا في قانون العقوبات لكن يبدو أنها لم ترد إلا لتعزيز المادة 26 بحيث أنها ليست إلا تطبيقا لأحكامها. و الملاحظ بشكل عام أنه فيما عدا جريمتي " منح الإمتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية " المنصوص عليها في المادة 26 و جريمة " تعارض المصالح " المنصوص عليها في المادة 34، فإن كل جرائم الفساد غير المرتبطة بقطاع أو نشاط خاص قابلة للوقوع في إطار التعامل بالصفقات العمومية، ذلك أن الصفقات العمومية هي عمل قانوني من أعمال الإدارة، يقوم به موظفون عامون و بالتالي فأى جريمة من جرائم الفساد الغرض من تجريمها الحفاظ على نزاهة الوظيفة العمومية و حماية المال العام تنطبق على التعامل بالصفقات العمومية، و على هذا الأساس تم التمييز في الرسالة الحالية بين جرائم الفساد العامة في مجال الصفقات العمومية و الجريمة الخاصة بالفساد في الصفقات العمومية، يجمع النوعين أن ركنيهما الشرعي إنتقل من نصوص تشريعية في قانون العقوبات إلى نصوص من نفس الطبيعة و لكن موجودة في قانون خاص ينظم عملية مكافحة الفساد. و فيما يلي نتعرض إلى دراسة جرائم الفساد العامة.

¹ لم تكن صياغة المادة 26 من القانون 01/06 قبل تعديل قانون مكافحة الفساد بموجب القانون 15/11 تختلف عن صياغة المادة 128 مكرر من قانون العقوبات الملغاة إلا فيما يخص إستعمال مصطلح الموظف العمومي بدلا من تعداد الأشخاص المعرضين لإرتكاب الجريمة. إلا أنه بعد تعديل المادة 26 بموجب القانون 15/11 طرأت عناصر مختلفة تميز الجنحة في شكلها الحالي عما كانت عليه في قانون العقوبات، إذ أن المشرع حدد مخالفة الأحكام التشريعية و التنظيمية بتلك المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات.

المبحث الثاني: تعدد جرائم الفساد العامة المتصلة بالصفقات العمومية

من ضمن جرائم الفساد العامة المنصوص عليها في القانون 01/06 ما ينصب مباشرة على الصفقات العمومية أي يكون الغرض المباشر من ارتكابها هو المتاجرة بالصفقة كما هو الشأن مثلا بالنسبة للرشوة و استغلال النفوذ و يمكن تسميتها جرائم الفساد الأصلية في مجال الصفقات العمومية ، و منها ما يرتكب قبل أو بعد إبرام الصفقة العمومية لكن لها علاقة بالصفقة و يمكن تسميتها جرائم الفساد الفرعية، ففي المرحلة السابقة على إبرام الصفقة قد يرتكب الموظف جريمة غدر أو جريمة تزوير.

فبالنسبة لجريمة الغدر فقد نص عليها المشرع في المادة 30 من القانون 01/06¹ إذ جاء فيها: " يعتبر مرتكبا لجريمة الغدر و يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات و بغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل موظف عمومي يطالب أو يتلقى أو يشترط أو يأمر بتحصيل مبالغ مالية يعلم أنها غير مستحقة الأداء و يجاوز ما هو مستحق لنفسه أو لصالح الإدارة أو لصالح الأطراف الذين يقوم بالتحصيل لحسابهم"، فيحمي الشارع بهذا النص حقوق الأفراد على أموالهم إزاء استبداد بعض العاملين بإسم الدولة. و يتمثل موضوع الطلب أو الأخذ في هذه الجريمة بما هو ليس مستحقا من أعباء مالية عامة². و الغدر جريمة عمدية يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي العام الذي يقوم على عنصري العلم و الإرادة. و ينصرف العلم أولا الصفة الخاصة التي تعد ركننا في جريمة الغدر و هي كون الجاني موظفا عاما له شأن في تحصيل الأعباء المالية العامة. و كذلك ينصرف العلم إلى عدم أحقية الدولة في المبلغ الذي يطلبه أو يأخذه الموظف على أنه عبء مالي مستحق على المواطن. و يتصور وقوع جريمة الغدر في مجال الصفقات العمومية إذا ما طلب من المترشح أن يدفع مقابلا غير مفروض قانونا لحصوله لبعض الوثائق الضرورية في ملف الترشح كدفتر الشروط مثلا.

¹ تقابلها المادة 121 من قانون العقوبات الملغاة

² و الأعباء المالية العامة هي الإلتزامات المالية ذات الطابع العام التي تفرضها الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة على الأفراد وفق قواعد القانون العام. و هذه الأعباء لها صفة العمومية، و تتمتع بميزة التحصيل الجبري من الدولة بوصفها سلطة عامة.

أما جريمة التزوير فبالرغم من أنها ليست من جرائم الفساد¹ إلا أنها قد تقع بصدد تكوين ملف الترشيح لصفقة، أو قد يرتكبها الموظف ذاته لأجل منح الصفقة العمومية لأحد المترشحين. فقد يتضمن الملف محضر مداوات المجلس الشعبي مزور أو قد يتضمن محضر إشهار الإعلان عن مناقصة. هذا و غالبا ما تكون تجزئة الصفقة مرتبطة بتحرير فواتير مزورة. تكون هذه الفواتير عموما من فعل شركات تابعة أو صديقة للشركات المستفيدة من الصفقة و تحتوي على بيانات مزورة في المبلغ أو في التاريخ أو في طبيعة أداء الخدمة، و ذلك من أجل إظهار أن الحد الأقصى للمبلغ الذي يتطلب إجراء مناقصة لم يتم بلوغه في حين أن الأشغال المنجزة تفوق ذلك المبلغ، و إثبات التزوير لا يتطلب بالضرورة تقديم وثيقة، لأن الوثيقة مثلما قد تكون مزورة يمكن أيضا ان تكون خيالية و غير موجودة. فجرائم الرشوة و المحاباة تفترض صنع فواتير مزورة تضي على النشاطات غير القانونية للمتهم صفة الشرعية.

أما في المرحلة اللاحقة على إبرام الصفقة العمومية فقد يقع أن تتمثل جريمة الفساد في الإستفادة الشخصية للموظف من الصفقة العمومية أو في إخفاء ما جناه الموظف من ربح جراء إبرامه لصفقة عمومية غير قانونية.

فبالنسبة للحالة الأولى فتظهر الجريمة في شكل إختلاس لأموال عمومية و هو الفعل المنصوص و المعاقب عليه بموجب المادة 29 من القانون 01/06 تحت تسمية " جريمة إختلاس الممتلكات و إستعمالها على نحو غير شرعي" و عرفها المشرع على أنها: " قيام الموظف العمومي عمدا و بدون وجه حق بإختلاس أو إتلاف أو تبديد أو إحتجاز أو إستعمال على نحو غير شرعي لصالحه أو لصالح شخص أو كيان آخر، أية ممتلكات أو أموال أو أوراق مالية عمومية أو خاصة أو أي أشياء أخرى ذات قيمة عهد بها إليه بحكم وظائفه أو بسببها". فينطوي هذا الفعل على إعتداء على المال العام و كذلك

¹ نص المشرع على جرائم التزوير في المواد من 214 إلى 229 من قانون العقوبات.

على خيانة للأمانة التي حملتها الدولة للموظف و الثقة التي وضعتها فيه حينما عهدت إليه بحيازة المال لحسابها. فيتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بإضافة الجاني المال الذي يحوزه بسبب الوظيفة إلى ملكه الخاص و تصرفه فيه تصرف الملاك.¹ و جريمة الإختلاس جريمة عمدية، يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي العام و الخاص، فينبغي أن ينصرف علم المتهم أولاً إلى أن المال في حيازته الناقصة بسبب وظيفته، و أن القانون لا يجيز له التصرف فيه على النحو الذي فعله، كما ينبغي أن تتجه إرادته إلى فعل الإختلاس أي التصرف في المال الموجود في حيازته الناقصة بسبب الوظيفة تصرف المالك في أمواله الخاصة. أما القصد الخاص فيتمثل في نية تملك المال المختلس. و يمكن أن تقوم جريمة الاختلاس في إطار تنفيذ الصفقات العمومية إذا قام الموظف العمومي بتحويل أحد مكونات أو عناصر الطلب العمومي لصالحه، كأن يحتجز عمداً أو يستعمل لصالحه ما أثمر عنه تنفيذ صفقة عمومية. فالإنجازات الناتجة عن الصفقات العمومية هي ملك للدولة و أي تحويل لها إلى ملكية خاصة يعد إختلاسا لأموال عمومية.

أما بالنسبة لإخفاء عائدات الصفقات العمومية المبرمة على إثر ارتكاب جرائم فساد أصلية فيكون ذلك عن طريق ارتكاب جرمي الإخفاء أو تبييض الأموال. أما إخفاء العائدات المتحصل عليها من جرائم الفساد فقد تناولته المادة 43² من القانون 01/06 مضاعفة لمقدار العقوبة المنصوص عليها بالنسبة لجريمة الإخفاء العامة الواردة في المادتين 388 و 389 من قانون العقوبات.

أما بالنسبة لجريمة تبييض الأموال المتحصل عليها من ارتكاب جرائم الفساد فقد تضمنتها المادة 42³ من القانون 01/06 التي تقابلها المادة 389 مكرر من قانون العقوبات و التي في حقيقة الأمر لم تضيف أي حكم خاص بل أحالت الى التشريع الساري المفعول في هذا المجال و هو المادة 389 مكرر من قانون العقوبات السالفة الذكر، فقد

¹ فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، المرجع السابق، ص.214.
² تنص المادة 43 على: " يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات و بغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل شخص أخفى عمداً كلاً أو جزءاً من العائدات المتحصل عليها من إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون."
³ تنص المادة 42 على: " يعاقب على تبييض عائدات الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، بنفس العقوبات المقررة في التشريع الساري المفعول في هذا المجال."

يلجأ الموظف العمومي الذي تحصل على أموال مقابل إبرامه لصفقة عمومية لفائدة مانح هذه الأموال إلى تبييضها لإخفاء آثار مصدرها الجرمي فيستعمل إحدى الوسائل المنصوص عليها في المادة 389 مكرر السالفة الذكر.

و بعد الإشارة لجرائم الفساد التي قد تحيط بإبرام الصفقات العمومية يتم التركيز فيما يلي على الجرائم الأصلية على أن تتم دراسة الرشوة و استغلال النفوذ معا في المطلب الثاني للتشابه بينهما ثم تتم دراسة جريمة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية في المطلب الثالث لكن قبل ذلك يخصص المطلب الأول لدراسة العنصر الأولي المميز لجرائم الفساد العامة في مجال الصفقات العمومية.

المطلب الأول: العنصر الأولي المميز لجرائم الفساد العامة في مجال الصفقات

العمومية

إن جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية كغيرها من جرائم الفساد الأخرى المنصوص عليها في القانون 01/06 هي من جرائم ذوي الصفات، فهي بالدرجة الأولى جريمة الموظف العمومي¹، و بالتالي فقيامها مرتبط أوليا بصفة مقترفها. و قد كيف البعض هذه الصفة على أنها شرط مفترض لقيام الجريمة² بينما إعتبرها البعض الآخر ركنا خاصا لقيامها³. و ستعتبر في هذا البحث شرطا أوليا كونها مشتركة بين جميع

¹ الجرائم المرتكبة من قبل الموظف العمومي ليست وليدة قانون مكافحة الفساد بل ظلت دائما موجودة في قانون العقوبات الذي يخصص في تصنيفه للجرائم قسما لجرائم الموظف العمومي التي يسميها البعض جرائم مستقلة " autonomes " كما يجعل من هذه الصفة ظرفا مشددا لبعض الجرائم العادية أنظر: (Emmanuelle Breen, Responsabilité pénale des agents publics, jurisclasser administratif, fasc n° 809, 2001, n° 144)

² يعرفه الدكتور محمود محمود مصطفى على أنه العنصر الذي يفترض قيامه وقت مباشرة الفاعل لنشاطه، شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة التاسعة، 1974، فقرة 22، ص. 38، و يعرفه الدكتور عبد الفتاح الصيفي على أنه مركز أو عنصر قانوني أو فعلي أو واقعة قانونية أو مادية ينبغي قيامها وقت ارتكاب الجريمة و يترتب على تخلفها ألا توجد الجريمة، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، 1967، فقرة 78، ص 259؛ دكتور سليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، الجرائم الماسة بالمصلحة العامة، الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1993، ص 61.

³ الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص. 17؛ أحمد عبد اللطيف، جرائم الأموال العامة، دراسة تحليلية تأصيلية تطبيقية، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص. 115؛ الدكتور فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص 25.

مرتكبي أهم جرائم الفساد و لا تدخل ضمن مختلف الأفعال المكونة للركن المادي الخاص بكل جريمة، و بإعتبارها كذلك وجب على القاضي الجنائي الناظر في قضية فساد أن يتحقق بصفة مسبقة عن مدى توفرها في المتهم، و للقيام بذلك وجب عليه الإلمام بمفهوم هذا المصطلح الذي ينتمي أصلا إلى فرع القانون الإداري و هنا يجد هذا القاضي نفسه أمام خيارين أولهما الرجوع إلى القانون الإداري بإعتباره القانون الأصل في تحديد المفاهيم المتعلقة بالوظيفة العامة، و ثانيهما تحديد مفهوم المصطلح بالنظر إلى الغاية المنشودة من النص الجنائي على ضوء المصلحة محل الحماية.

لقد أثارَت مسألة تحديد مدلول الموظف العمومي في القانون الجنائي خلافا في محيطه مرتبط بمسألة أعم تتمثل في مدى ذاتية مفاهيم هذا القانون للأفكار المستقاة من فروع القانون الأخرى كالقانون الإداري. فتطور وظيفة القانون الجنائي و امتدادها لحماية العلاقات المنظمة في العديد من فروع القانون الأخرى يحتم على المشرع في صياغته للنص التجريمي استعمال المصطلحات الخاصة بكل فرع و هنا يثور التساؤل حول مدى التزام القاضي الجنائي بتعريف فروع القانون الأخرى للمصطلح. و للفقهاء في هذه المسألة رأيين: رأي يرى أن القانون الجنائي لا يفعل أكثر من النص على عقوبات جنائية للاعتداءات التي تقع على حقوق تكفلت بالنص عليها قواعد قانونية غير جنائية، و ينتج عن هذا الاتجاه أنه على القاضي الجنائي أن يستند على القانون الإداري من أجل تحديد معنى الموظف العمومي¹. و رأي ثاني يرى أن المصطلحات التي يستخدمها القانون الجنائي يجب أن تفسر على حسب وظيفته² و معنى ذلك أنه إذا كان تعبير الموظف العام في القانون الإداري قاصرا عن توفير الحماية للمصلحة محل اهتمام النص الجنائي و هي

¹ أحمد صبحي العطار، جرائم الإعتداء على المصلحة العامة، دراسة في القسم الخاص من قانون العقوبات المصري، رسالة دكتوراه، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1993، ص.200.

² يرى الدكتور سليمان عبد المنعم أن في اعتبار كل شخص يقوم بأعباء الوظيفة العامة موظفا عاما من وجهة نظر القانون الجنائي إنتقاصا من مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات بإسم ذاتية و استقلال القانون الجنائي. فلا شرعية دون نص، و لا نص دون ببيان قانوني للجريمة ينبغي إحترامه و عدم التوسع في تفسيره، دكتور سليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، الجرائم الماسة بالمصلحة العامة، المرجع السابق، ص 67.

حماية الثقة التي يجب أن تتوفر لدى الأفراد إزاء الوظيفة العامة و من يمارسها، فإنه لا يلتزم بهذا المفهوم الضيق، و يتعين عليه أن يعطي المفهوم المناسب، لذا توسع من أخذ بهذا الرأي في مفهوم الموظف العام. و في نفس الاتجاه اعتبر البعض أن القانون الإداري ذو طبيعة تنظيمية و في هذه المسألة يهدف إلى تنظيم العلاقة بين الشخص و الحكومة من حيث الحقوق و الواجبات، أما القانون الجنائي فهو ذو طبيعة جزائية غايته حماية الحقوق و الحد من الجريمة لذلك فهو يتوسع في مفهوم الموظف العام ليشمل جميع الأشخاص الذين يباشرون طبقا للقانون جزءا من اختصاصات الدولة بما يتلاءم و المصلحة المراد حمايتها بالشكل الذي يحقق غاية المشرع الجنائي²¹. و قد إعتد المشرع في القانون 01/06 فكرة ذاتية مدلول الموظف العمومي مرتكب جرائم الفساد من خلال تحديده لمن إعتبرهم كذلك ، و هذا ما سنعرض له فيما يلي من خلال دراسة مدى إتفاق قانون مكافحة الفساد مع القانون الإداري في تعريف الموظف العمومي في الفرع الأول ثم نتعرض إلى تصنيف مختلف الفئات التي إعتبرها قانون مكافحة الفساد موظفين عموميين في الفرع الثاني.

الفرع الأول: عناصر تعريف الموظف العمومي على ضوء قانون مكافحة الفساد

إن تعريف الموظف العمومي في القانون الإداري يتطلب تحديد العناصر الأساسية التي يجب أن تتوفر في هذا التعريف. ويلاحظ أن مختلف المحاولات لإيجاد هذه العناصر تتأثر بمختلف العوامل والتطورات التي عرفها تحديد مفهوم القانون الإداري ذاته،

¹ نوفل علي عبد الله صفو الدليمي، الحماية الجزائية للمال العام، دراسة مقارنة، دار هومة، الطبعة الثانية، 2006، ص. 203
² لقد نص المشرع المغربي صراحة في المادة 224 من القانون الجنائي المغربي على أنه: "يعد موظفا عموميا في تطبيق أحكام التشريع الجنائي كل شخص كيفما كانت صفته يعهد إليه في حدود معينة مباشرة وظيفته أو مهمة ولو مؤقتة بأجر أو بدون أجر ويساهم بذلك في خدمة الدولة أو المصالح العمومية أو الهيئات البلدية أو المؤسسات العمومية أو مصلحة ذات نفع عام. وتراعى صفة الموظف في وقت ارتكاب الجريمة، ومع ذلك فإن هذه الصفة تعتبر باقية له بعد انتهاء خدمته، إذا كانت هي التي سهلت له ارتكاب الجريمة أو مكنته من تنفيذها".
ونلاحظ من خلال هذا التعريف الجد موسع، بأن صفة موظف عمومي يمكن أن نعت بها كل من يمارس عملا تابعا في المؤسسات الخاصة أو التي من الممكن تكيف نشاطها بأنه نشاط ذو نفع عام، على الرغم من خضوعها سواء من حيث النشاط الذي تقوم به أو من حيث علاقتها بمستخدميها لأحكام القانون الخاص لا القانون العام، بالإضافة طبعاً إلى عامة الموظفين والمستخدمين في مختلف أجهزة الدولة وفي المؤسسات العمومية وفي الشركات التي تقدم رأسمالها أو جزء منه للدولة وكذلك في الجماعات المحلية سواء أكانت بلدية أم قروية. فالقاضي الجنائي المغربي وهو يبحث عن مفهوم الموظف العمومي، عليه أن يرجع إلى مقتضيات المادة 224 من القانون الجنائي وليس إلى نصوص القانون الإداري، وإلا عرض حكمه للنقض. ولذلك فإن المشرع المغربي رغبة منه في إضفاء الشرعية الجنائية على المفهوم الموسع لصفة "موظف" أتى بتعريف يخالف تماما التحديد الضيق الذي وردت به ذات الصفة في القانون الإداري.

ومجالات تطبيقه. فقد حاول الفقه¹ والقضاء² تقديم تعريفا دقيقا للموظف العمومي ، و يتجلى هذا المجهود في الوصول إلى تحديد عناصر أساسية يجب توفرها في الشخص العامل بالمؤسسة العمومية حتى يمكن اعتباره موظفا عموميا ، و بالتالي تمييزه عن باقي الأشخاص الذين يعملون بها . و استفادة من النتيجة التي توصل إليها الفقه و القضاء في تعريف الموظف العمومي ، عمد المشرع في معظم الدول التي تميز بين الموظف العمومي و غيره من المأجورين إلى تقديم تعريف للموظف العمومي من خلال إبراز و تحديد الشروط التي يجب توفرها فيه ، و بالتالي التأثير على العناصر الأساسية اللازمة لتحديد الموظف العمومي³. لكن بصفة عامة يبدو أن جل تعريفات الموظف العمومي التي تناولها التشريع و الفقه و القضاء في الأنظمة المقارنة تتسم بالتباين و الاختلاف و التقارب في أحيان كثيرة ، إلا أن معظم فقهاء القانون الإداري إلى جانب القضاء يتفقون على اشتراط ثلاثة عناصر أساسية في مفهوم الموظف العمومي، وهي: القيام بالعمل بصفة دائمة⁴ و العمل بمرفق عام تديره الدولة أو السلطات الإدارية و أخيرا التعيين من طرف سلطة مختصة⁵ 6 . هذا و قد أخذ المشرع الجزائري في المادة 4⁷ من الأمر

¹ في الفقه الجنائي المصري أنظر الدكتور علي راشد، الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية، ط 1957، ص.14 و الدكتور عوض محمد عوض، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، مذكرات لطلبة حقوق الإسكندرية، 1965، ص.9، أما في الفقه الإداري المصري أنظر الدكتور السيد محمد إبراهيم، شرح نظام العاملين المدنيين بالدولة، طبعة 1966، ص 14. أما بالنسبة للفقه الإداري الفرنسي أنظر:

André de Laubadère, Traité élémentaire de droit administratif, 1957, 2^{ème} édition, p. 640 ; Alain Plantey, Traité pratique de la fonction publique, Librairie générale de droit, Tome 1, 2^{ème} édition, 1963, p.256.

² C.E, 20/12/1946, Colonie de Madagascar, D. 1947, 464

بالنسبة للقضاء المصري يشير الدكتور أحمد عبد اللطيف في مرجعه " جرائم الأموال العامة"، دراسة تحليلية تأصيلية تطبيقية، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص. 229 إلى مجموعة من القرارات الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا المصرية.

³ عبد الله حداد ، المرافق العمومية الكبرى : دراسة نظرية و تطبيقية ، دار توبقال للنشر ، 2002 ، الطبعة الأولى ، ص 11 .
⁴ أي أن يكون شغل الوظيفة على وجه الاستمرار بحيث لا تنفك عن الموظف إلا بالوفاة أو الاستقالة أو العزل أو التقاعد. و المعيار في تحديد كون الوظيفة دائمة أم لا هو بحسب طبيعتها و كنهها و العلاقة التي بين الموظف و الإدارة علة أن يكون لها درجة في الميزانية.

⁵ يقصد بتعيين الموظف العمومي صدور أداة قانونية كالمرسوم أو القرار أو المقرر يعين بمقتضاها الشخص في وظيفة عمومية و يرسم على إثر ذلك في رتبة السلم الإداري، فالتعيين يعبر عن رابطة المركز القانوني أو اللائحي، فالقانون هو الذي ينشئ الوظيفة العامة و ينشئ معها مركز من يشغلها. و قد عرف التعيين على أنه الالتحاق بالمرفق العام بطريق قانوني سليم أي أن تكون العلاقة بين الموظف و المرفق علاقة تنظيمية تسعم باعتباره معينا أيا كانت الأداة القانونية اللازمة للتعيين (أحمد صبحي العطار، جرائم الاعتداء على المصلحة العامة، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص 200 .)

⁶ يلاحظ أن جل التشريعات المقارنة لم تقدم تعريفا شاملا جامعاً لمفهوم الموظف العمومي، وذلك راجع بالأساس إلى أن الصياغة الحديثة للقوانين تميل إلى عدم إيراد التعاريف قدر الإمكان ، تاركة تلك المهمة للفقه و القضاء كي يعملوا على تطوير القواعد القانونية .

⁷ تنص المادة 4 يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة و رسم في رتبة في السلم الإداري.

03/06 المؤرخ في 2006/07/15 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية¹ بعناصر تعريف الموظف العمومي السالفة الذكر وعرفه على أنه: " كل عون معين في وظيفة عمومية دائمة و رسم في رتبة السلم الإداري و يمارس نشاطه في المؤسسات و الإدارات العمومية "و التي حددتها نفس المادة و هي المؤسسات العمومية و الإدارات المركزية في الدولة و المصالح غير المركزية التابعة لها و الجماعات الإقليمية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي و كل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

أما القانون 01/06 فقد جمع مرتكبي أغلبية جرائم الفساد تحت مصطلح الموظف العمومي. و تضمنت المادة 2 منه ضمن تعريف المصطلحات قائمة من إعتبرتهم موظفين عموميين² و قد صنفتهم وفق فئات، تشتمل أولاها على الأشخاص الذين يشغلون مناصبا تشريعية أو تنفيذية أو إدارية أو قضائية أو في إحدى المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء كانوا معينين أو منتخبين، دائمين أو مؤقتين، بأجر أو بدون أجر، بصرف النظر عن رتبتهم أو أقدميتهم. أما الفئة الثانية فهي تتضمن كل شخص آخر يتولى و لو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، و يساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية. أما الفئة الأخيرة فتتضمن كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع و التنظيم المعمول بهما³.

¹ الصادر في الجريدة الرسمية رقم 46 لسنة 2006.
² يلاحظ أن النص العربي للمادة 2 المتعلق بتعريف الموظف العمومي جاء مختلفا في صياغته عن النص الفرنسي، إذ أن النص الفرنسي لم يطلق مصطلح "موظف عمومي" على الأشخاص المعنيين بجرائم الفساد و إنما مصطلح "عون عمومي « Agent public » و تفادى بذلك التناقض الموجود في النص باللغة العربية بين تعريف الموظف العمومي وفق القانون الإداري و تعريفه وفق القانون 01/06 . و حتى عبارة "عون عمومي" المستعملة في النص الفرنسي هي عبارة اصطلاحية و ليست دقيقة.

³ لم يكن المشرع يعتمد طريقة استعمال المصطلح العام في نصوصه الملغاة الخاصة بجرائم الفساد بل كان يقوم بتعداد الأشخاص الخاضعين للعقاب بأنهم الموظفين أو ذوي الولاية النيابة (المادة 1/126) أو المحكمين أو الخبراء المعينين (3/126) أو الأعضاء المحلفين أو أعضاء جهة قضائية (3/126) و

و فيما يلي سنقارن بين عناصر التعريف الواردة في المادة 4 السالفة الذكر و الأشخاص الذين اعتبرهم قانون مكافحة الفساد موظفون عامون.

الجزء الأول: عدم اشتراط عنصرالتعيين

فبالنسبة للعنصر الأول من عناصر تعريف الموظف العمومي و هو التعيين، فالملاحظ أن المادة الثانية من قانون مكافحة الفساد بعد تعدادها للمناصب التي يشغلها الشخص في الفئة الأولى أوردت عبارة " أكان معينا أو منتخبا " و هذا خلافا لما إشتراطته المادة الرابعة من القانون الأساسي للوظيفة العمومية من ضرورة كون الموظف معينا. و بالفعل و بالرجوع إلى تلك القائمة نجد أولا أصحاب المنصب التشريعي و يقصد بهم أعضاء البرلمان، و هم أعضاء المجلس الشعبي الوطني و هم كلهم منتخبون طبقا لأحكام المادة 101 من الدستور، و كذلك أعضاء مجلس الأمة فتثنا أعضائه منتخبون من بين أعضاء المجالس الشعبية البلدية و الولائية أما الثلث المتبقي فهو معين من قبل رئيس الجمهورية من بين الشخصيات و الكفاءات الوطنية في المجالات العلمية و الثقافية و المهنية و الاقتصادية و الاجتماعية. أما بالنسبة لمن يشغل منصبا تنفيذيا فيقصد بهم رئيس الجمهورية و الوزير الأول و أعضاء الحكومة و هم كلهم معينون ماعدا رئيس الجمهورية فهو منتخب¹. أما بالنسبة لشاغلي المنصب الإداري فيقصد بهم كل من يعمل في إدارة عمومية بصفة دائمة أو مؤقتة سواء كان مدفوع الأجر أو غير مدفوعه و بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته. فمن شغل منصبا إداريا بصفة دائمة هو الموظف العمومي بمفهوم القانون الإداري و هو العون الذي يمارس نشاطه في المؤسسات و الإدارات العمومية و التي حددتها المادة 4 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية على النحو السالف الذكر. أما ذوو المناصب القضائية فهم القضاة التابعون لنظام القضاء العادي و كذلك التابعون لنظام القضاء الإداري و أخيرا من يشغل منصبا قضائيا

الأطباء أو الجراحين أو جراحة الأسنان أو القابلات (4/126) أو القضاة و كتاب الضبط (المادة 126 مكرر) و أخيرا العمال و المستخدمين و المندوبين بأجر أو مرتب (المادة 127).

¹ على أية حال فهو يتمتع بالحصانة الإجرائية الجزائية

كالمحلفين أو المساعدين. أما بالنسبة لمن يشغل منصبا في المجالس الشعبية المحلية فهم أشخاص منتخبون وفق قانون البلدية و قانون الولاية.

أما بالنسبة لمرتكبي جرائم الفساد الذين تم تعيينهم أو انتخابهم مخالفة للإجراءات و الأصول المقررة فإنهم يسألون عن الجرائم رغم هذا العيب إستنادا إلى ما يسميه الفقه "نظرية الموظف الفعلي" التي مفادها الاعتراف بصفة الموظف العام للفرد الذي يمارس وظيفة عامة بالرغم من عدم تحقق شروطها فيه، إما لكون العيب الذي لحق شغله إياها لم يكن ظاهرا لمن تعاملوا معه أو لكون الظروف الاستثنائية التي مارس فيها الشخص العمل تبرر إضفاء هذه الصفة عليه^{1,2}. فإن العلة من تجريم الفساد تفرض معنى خاصا للموظف العام ، فشروط التعيين و شروط الصلاحية لمباشرة المهام إنما هي أمور تتعلق بعلاقة الموظف بالجهة التي يتبعها أما في نطاق قانون العقوبات فإن العلة من تجريم الفساد التي تتمثل أساسا في حماية نزاهة الوظيفة العمومية تفرض معنا خاصا للموظف العام³ ، فليس مقبولا أن يفلت شخصا من العقاب لأن قرار تعيينه قد صار باطلا مادام أنه باشر فعلا مهام الوظيفة. و القول بغير ذلك يلقي على الجمهور كلما تعامل مع الموظف العمومي عبء التحقق من صحة القرارات الصادرة بتعيين هذا الموظف، و لذلك فكل شخص يقوم بأعباء الوظيفة العامة يعتبر موظفا عاما من وجهة نظر قانون العقوبات مهما شاب تعيينه من عيوب، مادام هذا العيب ليس مفضوحا⁴.

الجزء الثاني: عدم اشتراط عنصر الديمومة

بالنسبة للعنصر الثاني من عناصر تعريف الموظف العمومي و هو ديمومة الوظيفة فإن قانون مكافحة الفساد قد خالف ما استقر عليه القانون الإداري من اشتراط صفة الديمومة في الوظيفة بحيث سوى بين العلاقة الدائمة و العلاقة المؤقتة، و عليه فإن مدلول الموظف العمومي وفق قانون مكافحة الفساد يتسع ليشمل إلى جانب الموظف الدائم

¹ أحمد صبحي العطار، جرائم الإعتداء على المصلحة العامة، مرجع سابق، ص.202.
² و قد جرى العمل على الحد من إطلاق هذا الحكم من خلال التفرقة بين ما إذا كان تعيين الشخص مشوبا بعيب ظاهر أو فاضح و بين ما إذا كان هذا العيب خفيا يصعب الوقوف عليه من جانب جمهور المتعاملين مع ذلك الشخص.
³ الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، المرجع السابق، ص.19
⁴ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، الدار الجامعية، 1984، ص.34

الشخص الذي يشغل المنصب بصفة مؤقتة و هم الأعوان المتعاقدون و المؤقتون ذلك أن الغاية من النص ليس هي تنظيم العلاقة بين الموظف و الإدارة و إنما معاقبة الاعتداءات التي يرتكبها من يشغل المنصب الإداري و لو بصفة مؤقتة، فمن غير المعقول أن يتذرع الشخص بعدم ديمومة العلاقة التي بينه و بين الإدارة ليفلت من العقاب من الجرائم الخاصة بالموظف العمومي.

الجزء الثالث: عدم اشتراط العمل لدى مرفق عام

إن المادة 4 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية السالفة الذكر تشترط في الموظف العمومي أن يمارس نشاطه في المؤسسات و الإدارات العمومية التي حددتها و المتمثلة في المؤسسات العمومية و الإدارات المركزية في الدولة و المصالح غير المركزية التابعة لها و الجماعات الإقليمية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي و كل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية. أما بالرجوع إلى تعريف الموظف العمومي في قانون مكافحة الفساد فنجد أنه يشمل بالإضافة إلى الأشخاص المذكورين في قانون الوظيفة العمومية أشخاصا غير منتمين لمؤسسات خاضعة لقانون الوظيف العمومي و يتعلق الأمر أولا بالمؤسسات ذات رأس المال المختلط أي المؤسسات العمومية الإقتصادية التي فتحت رأسمالها الإجتماعي للخوادم عن طريق بيع الأسهم في السوق و ثانيا ما أسماه قانون مكافحة الفساد ب " أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية " و يتعلق الأمر أساسا بمؤسسات من القانون الخاص تتولى تسيير مرفق عام عن طريق ما يسمى بعقود الإمتياز.

و تشير في الأخير إلى أن المادة 2 من قانون مكافحة الفساد قد إتفقت مع المادة 4 من القانون الأساسي للتوظيف العمومي في عدم اشتراط تقاضي الأجر في تعريف الموظف العمومي، فالراتب ليس من الخصائص اللازمة للتوظيفة العامة¹.

نخلص إلى أن مفهوم الموظف العمومي وفق قانون الفساد أوسع و أشمل من مفهوم المصطلح في القانون الإداري، فالمساءلة الجنائية تقوم على أساس حماية نزاهة الوظيفة العامة و لا يهمها أن يشغل الموظف الوظيفة بصفة دائمة أو مؤقتة أو يتقاضى أجرا أو مكافأة² و نلاحظ أن المادة 2 من قانون مكافحة الفساد لم تعتمد طريقة التعداد بقدر ما إعتمدت المعيار الوظيفي أي أن العبرة ليست بصفة الشخص بل بمدى قدرته على التدخل في إتخاذ القرار أو القيام بالفعل محل الجريمة. و فيما يلي نحاول إيجاد تصنيف للأشخاص الذين نصت عليهم المادة السالفة الذكر .

الفرع الثاني: أصناف الموظف العمومي مرتكب جرائم الفساد

لقد تضمنت المادة 2 من قانون مكافحة الفساد ثلاث فقرات نصت في كل واحدة منها على مجموعة من الأشخاص نحاول فيما يلي تصنيفهم وفق ثلاث فئات تتمثل أولاها في الأشخاص المتمتعين بالسلطة العامة و ثانيها في الأشخاص القائمين بأداء خدمة عمومية و أخيرا كل الأشخاص المعرفين بأنهم موظفون عموميون أو من في حكمهم طبقا للتشريع و التنظيم المعمول بهما.

الجزء الأول: الأشخاص المتمتعون بالسلطة العامة

و تتمثل هذه الفئة في الأشخاص المضطعون بسلطة اتخاذ القرار و صلاحية إصدار الأعمال القانونية و إنجاز الأعمال المادية باسم الجماعة العامة *collectivité publique*³. كما يعرفهم الأستاذ "أندري فيتو" "André Vitu" على أنهم: "الأشخاص

¹ ياسر كمال الدين، جرائم الرشوة و إستغلال النفوذ، مرجع سابق ص. 29.

² مليكة محمد هنان، مسؤولية الموظف العام في الفقه الجنائي الإسلامي و القانون - دراسة مقارنة -رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، 2006، ص، 27.

³ Julien GUIGUI, La loi pénale et les titulaires des fonctions publiques, Thèse pour le doctorat en droit, université de Cergy-Pontoise, 2009, p 195.

الحائزون لسلطة اتخاذ القرار و سلطة الإكراه التي يمارسونها على الأشخاص و الأشياء، و هي سلطة خولت لهم بتفويض من السلطة العامة يستعملونها أثناء تأدية وظيفتهم الدائمة أو المؤقتة¹. و لا يقصد بالأشخاص المتمتعين بالسلطة العامة فقط أولئك المنتمين لإحدى السلطات المنصوص عليها في الدستور أي السلطة التنفيذية و السلطة التشريعية و السلطة القضائية لأن مدلول السلطة العامة بالنسبة للقاضي الجنائي لا يمكن أن يقتصر على المدلول الدستوري و إنما ينبغي إدراج تحت هذه العبارة كافة الأشخاص الذين يمارسون وظيفة سلطة مهما كان نوعها إداري أو قضائي أو غيره و مهما كان النظام الذي ينتمي إليه الشخص عاما أو خاصا.

و يمكن أن يدرج في هذه الفئة، أولا: ممثلوا الدولة و الجماعات المحلية أي رئيس الجمهورية و الوزراء و كتاب الدولة و الولاة و رؤساء الدوائر و كذلك ممثلو الجزائر في المنظمات الدولية و في الدول الأجنبية. كما تشتمل هذه الفئة على الأشخاص الممثلين بوكالة نيابية عامة بإعتبارهم متمتعين بالسلطة العمومية²، ثانيا: موظفو النظام الإداري لاسيما ممثلو القوة العمومية. ثالثا: الطباط العموميين و هم الوسطاء أو وكلاء الأفراد الذين يقومون دون سواهم بأعمال رسمية في مصلحة موكلهم مثل المحضرين القضائيين. أما المجموعة الأخيرة فهي تتضمن الأشخاص الممارسين لوظائف عمومية دون أن تكون لهم هذه الصفة مثل العسكريين.

الجزء الثاني: الأشخاص القائمون بأداء خدمة عمومية

يمكن تعريف الأشخاص القائمين بأداء خدمة عمومية على أنهم من يلزمهم القانون بالقيام بإحدى الخدمات العامة أو بمباشرة مهمة تتعلق بالنظام العام بغض النظر عن كونهم يشغلون منصبا وظيفيا في الدولة من عدمه مع اشتراط صدور تكليف بذلك من السلطة

¹ André VITU, Atteintes à la liberté individuelle par des personnes exerçant une fonction publique, juriste pénal, 2004, art 432-4 à 432-6, n° 8.

² الأشخاص المنتخبون منهم من يتمتع بالسلطة العامة مثل أعضاء الهيئات التنفيذية للجماعات المحلية الذين يتمتعون ضمن صلاحياتهم بهتين الصفتين، و منهم من لا يتمتع بصلاحيات السلطة العامة.

العامة المختصة¹. كما عرفوا على أنهم الأشخاص المكلفين بممارسة وظيفة أو القيام بأعمال الغرض منها خدمة المصلحة العامة و ذلك دون تلقيهم لسلطة إتخاذ القرار أو القيادة commandement الناتجين عن ممارسة السلطة العامة². فالخدمة العامة هي الخدمة التي تحقق منفعة عامة لأفراد الأمة، و تتولى القيام بها مؤسسات أو هيئات تنشئها الدولة أو تشرف على إدارتها و تعمل بانتظام و استقرار. فالهيئات العمومية يقصد بها الأشخاص المعنوية العامة غير الدولة و الجماعات المحلية التي تدير مرفقا عاما و يتعلق الأمر أساسا بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و هيئات الضمان الإجتماعي³. أما المؤسسات الأخرى التي تقدم خدمة عمومية فهي مؤسسات خاصة تتولى تسيير مرفق عام عن طريق ما يسمى عقود الإمتياز و هذه المؤسسة تنشأ من قبل الخواص لأجل تقديم مصلحة ذات منفعة عامة و تتمتع بامتيازات السلطة العامة و للإدارة حق النظر في كيفية قيامها بمهمتها و قد يكون مجالها النقل أو استغلال المطارات أو المذابح و حتى التعليم. و بالتالي فإن الأشخاص المتولين لوظيفة أو وكالة في هذه المؤسسات معرضون لإرتكاب جرائم الفساد.

و تعتبر فئة القائمين بخدمة عامة أوسع من الفئة الأولى بل ذهب البعض إلى إعتبار أن حدود الموظف العمومي بمفهوم القانون الجنائي هي أساسا حدود مدلول الخدمة العامة كما يفهمها القاضي الجنائي⁴. و قد أدرجت المادة 2 من قانون مكافحة الفساد ضمن مصطلح الموظف العمومي عبارة كل شخص غير الذين ذكروا في الفقرة الأولى، يتولى و لو مؤقتا وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر و ساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية. و يصنف ضمن هذه الفئة الأشخاص المعنوية غير الدولة و الجماعات المحلية سواء أكانوا أشخاص خاضعين للقانون العام أو أشخاصا

¹ ياسر كمال الدين، جرائم الرشوة و إستغلال النفوذ، المرجع السابق، ص.36.

² André VITU, Atteintes à la liberté individuelle par des personnes exerçant une fonction publique, juriste pénal, op.cit; Paul MALIBERT, Atteintes au secret des correspondances commises par des personnes exerçant une fonction publique, juriste pénal 1996, art 432-9, n°16.

³ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار هومة، 2006، ص. 14

⁴ Emmanuelle Breen, Responsabilité pénale des agents publics, Faute intentionnelle, juriste pénal, fascicule n°30, 2004, n°8.

خاضعين للقانون الخاص المهم أن يقدموا خدمة عامة، فكل من يعمل لديهم يعتبر موظفا
عموميا بمفهوم قانون الفساد.

الجزء الثالث: الموظفون العموميون وفق القوانين الخاصة

تتضمن هذه الفئة الأخيرة التي نصت عليها الفقرة ب3 من المادة 2 السالفة الذكر
كل شخص معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع أو التنظيم المعمول
بهما، و المقصود بمن في حكم الموظف هو كل شخص ندب لخدمة عامة أو كلف بمهمة
رسمية مثل المستخدمين العسكريين و الضباط العامون و قد سبق تصنيفهم في الصنف
الأول و الثاني.

ومن الواضح أنّ المشرّع أدمج أشخاصا قانونية اختلفت من حيث طبيعتها ومن حيث
مهامها ومن حيث القانون الذي تخضع له، فالدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية
كلها تمثل أشخاص القانون العام و تعتبر القرارات التي تصدرها قرارات إدارية كما
يعتبر من يعمل فيها مكتسبا لصفة الموظف العام طبقا للقواعد المقررة في القانون
الإداري. بينما المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي لا يمكن اعتبار
قراراتها بمثابة قرارات إدارية. ولا العاملين فيها بالموظفين العموميين الخاضعين لقانون
الوظيفة العامة. ولا يمكن اعتبار منازعاتها من قبيل المنازعات الإدارية تطبيقا للمفهوم
العضوي للمنازعة الإدارية والمكرّس بمنطوق المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية
الأول لسنة 1966 والثابت والمؤكد بمقتضى المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية
والإدارية لسنة 2008، ففي ذكر ما سبق تأكيد للنطاق الواسع للموظف العمومي في قانون
مكافحة الفساد. بعدما تم التعرض للعنصر الأولي لجرائم الفساد نتطرق فيما يلي
لجريمتي الرشوة و استغلال النفوذ.

المطلب الثاني: الرشوة و إستغلال النفوذ

يجمع تحليل هذا المطلب بين جريمتي الرشوة و إستغلال النفوذ نظرا للتقارب
الكبير الموجود بين هاتين الجريمتين لاسيما من حيث العلة في تجريمهما.

و الرشوة المنصوص عليها في المادة 25 من القانون 01/06 تعتبر الجريمة الأساسية في مجال الفساد ذلك أن جل جرائم الفساد الأخرى قد تفرعت عنها، و تجمع مختلف التعاريف الفقهية للرشوة على أنها إلتجار بالوظيفة العامة¹ أو الخدمة التي يعهد إلى موظف القيام بها للصالح العام و ذلك لتحقيق مصلحة خاصة له، فهي تعبر عن إنحراف الموظف في أدائه لأعمال وظيفته عن الغرض المستهدف من هذا الأداء، و هو المصلحة العامة، من أجل تحقيق مصلحة شخصية له، هي الكسب غير المشروع من الوظيفة.

و العلة من تجريم الرشوة تتمثل في أنها جريمة تنال من شرف السلطة العامة و نزاهتها و ما لها في نفوس الناس من احترام و هيبة. و هي بذلك مدخل لمفاسد جمّة، فهي تخل بسير العمل العام، و تقضي إلى إثراء البعض بغير حق عن طريق الإلتجار بالوظيفة العامة، فيحصل الموظف المرتشي مقابل أدائه لعمله على دخل يفوق ما يحصل عليه زميله غير المرتشي الذي يؤدي العمل ذاته، مما قد يدفع الأخير إلى محاولة التآسي به و تقليده، و بذلك ينفش الفساد في الجهاز الإداري للدولة. و في الرشوة أيضا إهدار لمبدأ العدالة الذي يوجب التسوية بين الناس عندما تتكافأ ظروفهم، إذ تصبح سلطة الدولة بسبب الرشوة في خدمة من يدفع لا من يستحق. فيفضل من يدفع المقابل للموظف العام، و تحجب خدمات المرفق العام أو تعطل عن الأفراد غير القادرين أو العازفين عن أداء ذلك المقابل. فينتشر عدم ثقة المواطنين في نزاهة الجهاز الإداري للدولة. من أجل هذا جرمت الشرائع كلها الرشوة و عاقبت عليها بعقوبات صارمة. بالإضافة إلى ما قيل، فإن الرشوة في مجال الصفقات العمومية تشكل أيضا وسيلة لتنظيم رفض مبدأ المنافسة بين المؤسسات².

و الجدير بالذكر في هذا الإطار أن القانون 01/06 قد توسع في جريمة الرشوة فألى جانب النص العام لتجريم الرشوة المتمثل في المادة 25 أوجد المشرع جريمة الرشوة في القطاع الخاص بحيث لم تعد الرشوة هي جريمة الموظف العمومي فحسب بل

¹ سليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، الجرائم الماسة بالمصلحة العامة، المرجع السابق، ص. 38. الدكتور فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، المرجع السابق، ص. 19.

² P. Devedjian, Le temps des juges, Flammarion, 1996, chap. VII, La corruption des hommes politiques, p.164.

يمكن لأي شخص يدير كيانا تابعا للقطاع الخاص أو يعمل لديه بأية صفة أن يرتكب جريمة الرشوة بأن يطلب أو يقبل مزية غير مستحقة لكي يقوم باداء عمل أو الإمتناع عن أداء عمل ما، مما يشكل إخلالا بواجباته، و هذا ما نص عليه المشرع في المادة 40 من القانون 01/06. لكن في إطار بحثنا ستقتصر الدراسة على الرشوة المرتكبة في القطاع العام كون الصفقات العمومية أعمال خاصة بالأشخاص العامة. بالإضافة إلى ذلك خص المشرع الرشوة في مجال الصفقات العمومية بنص خاص و كذلك الشأن بالنسبة لرشوة الموظفين العموميين الأجانب و موظفي المنظمات الدولية العمومية ، و سيتم التعرض للنوعين الأخيرين لعلاقتهما بالصفقات العمومية.

و إلى جانب جريمة الرشوة ينص المشرع أيضا على جريمة إستغلال النفوذ و هي جريمة تتفق معها في عدد من العناصر لا سيما في صور السلوك المجرم و في ما يتحصل عليه المتاجر بالوظيفة من مزية غير مستحقة و لذلك سندرس الجريمتين معا بحيث نتعرض في عنوان أول لدراسة العناصر المشتركة بين الجريمتين ثم نفرد فقرة للعناصر الخاصة بكل جريمة على حدة. لكن قبل ذلك نشير بإيجاز إلى النظام الذي إختاره المشرع في تجريم فعلي الرشوة و إستغلال النفوذ.

الفرع الأول: العناصر المشتركة بين الجريمتين

تتفق جريمتا الرشوة و إستغلال النفوذ أولا في نظام التجريم ثم من حيث صور السلوك المجرم و أخيرا من حيث الركن المعنوي و هذا ما سنتعرض له في العناوين التالية:

الجزء الأول: وحدة نظام التجريم

الرشوة بمعناها الواسع هي جريمة فاعل متعدد، تتكون في الأصل من إتفاق بين الموظف و من يطلب خدماته، بمقتضاه يحصل الموظف على فائدة أو على مجرد وعد بفائدة نظير أدائه لعمل من أعمال وظيفته أو إمتناعه عن أداء هذا العمل. فهي على هذا النحو علاقة أخذ و عطاء بين الموظف و صاحب المصلحة. و على ذلك تقتضي الصورة

الأصلية للرشوة وجود طرفين أساسيين: **المرتشي**: و هو الموظف العام الذي يأخذ أو يقبل ما يعرض عليه من عطية أو وعد بها، أو يطلب لنفسه شيئاً من ذلك نظير أداء عمل من أعمال الوظيفة أو الإمتناع عن هذا العمل، و **الراشي**: و هو صاحب المصلحة الذي يقدم العطية للموظف أو يعده بها، أو يستجيب لطلبه، للحصول من الموظف على أداء عمل من أعمال الوظيفة أو الإمتناع عن هذا العمل. و قد يكون طرف ثالث في جريمة الرشوة، هو الوسيط، الذي يمثل من كلفه بالوساطة، هذا و قد ألحق المشرع بالصورة الأساسية للرشوة صوراً أخرى لإستغلال الوظيفة بغرض تحقيق كسب غير مشروع من ورائها. من ذلك تجريم إستغلال النفوذ الوظيفي.

و قد إختلفت القوانين الوضعية في نظرتها إلى جريمة الرشوة، حيث يوجد نظامان تشريعيان، يؤدي كل منهما إلى إختلاف الأحكام القانونية للرشوة. فالنظام الأول يعتبر الرشوة جريمة واحدة: و هي جريمة الموظف الذي يتاجر بوظيفته، و هو الذي يعد فاعلاً لها، على أساس أن جوهر الجريمة يتمثل في الإتجار بأعمال الوظيفة و المساس بنزاهتها. أما غير الموظف سواء كان راشياً أو وسيطاً بين الراشي و المرتشي (الرأش) فيعتبر شريكاً إذا توافرت بالنسبة له جميع شروط الإشتراك. و تطبق عليهما القواعد العامة للإشتراك. و يعرف هذا النظام بنظام " وحدة الرشوة " و يأخذ به القانون الدانمركي و الإيطالي و السوري و اللبناني و المصري و نظام مكافحة الرشوة في المملكة العربية السعودية.

أما النظام الثاني، فيرى في الرشوة جريمتين مستقلتين: الأولى جريمة المرتشي أي الموظف و تسمى الرشوة السلبية، و تتحقق بطلب الموظف العام للمقابل أو بأخذه له أو قبوله الوعد به. و الثانية جريمة الراشي صاحب المصلحة، و تسمى الرشوة الإيجابية، و تقوم في حق الراشي الذي يعطي الموظف العام المقابل أو يعده به أو يعرضه عليه. و يعرف هذا النظام بنظام " ثنائية أو إزدواجية الرشوة " و يأخذ به القانون الجزائري و القانون الفرنسي و القانون الألماني ، و القانون العراقي و القانون السوداني. و طبقاً لهذا النظام تستقل كل من الجريمتين عن الأخرى في المسؤولية و العقاب، بحيث يمكن أن

تقوم إحداهما دون الأخرى. فالموظف العام يسأل عن جريمة الرشوة إذا طلب المقابل و لو رفض صاحب المصلحة الإستجابة إلى طلبه. كما أن الراشي لا يعتبر شريكا للموظف العام، بل يعد فاعلا أصليا في جريمة خاصة به هي الرشوة الإيجابية، و من ثم يسأل عن الجريمة متى عرض المقابل على الموظف العام على الرغم من رفض الأخير لهذا الغرض. فيسمح هذا المذهب إذن بإستقلال جرمي المرتشي و الراشي في المسؤولية و العقاب، و هكذا يتصور وقوع إحدى الجريمتين دون وقوع الأخرى بالضرورة. و مؤدى هذا المذهب أن يتولد نوع من الإستقلال " الموضوعي " بين أركان كل من جرمي الرشوة الإيجابية و الرشوة السلبية. و هذا الإستقلال " الموضوعي " بين جرمي الرشوة السلبية و الرشوة الإيجابية يرتب بالضرورة إستقلالاً إجرائياً بين الدعويين المرفوعتين ضد كل واحد منهما.

و الذي دفع إلى تبني هذا النظام هو الرغبة في ملاحقة أحد طرفي الرشوة حين لا يستجيب له الطرف الآخر لأن مذهب وحدة الرشوة يحول دون إمكانية معاقبة الراشي حينما يرفض الموظف عرضه كما يحول دون إمكانية معاقبة الموظف الذي يطلب الرشوة حين لا يستجيب له صاحب الحاجة. لكن رغم هذا الإنتقاد إلا أن بعض الفقهاء يرى أن نظام الوحدة هو الأقرب إلى المنطق القانوني، و الأكثر توافقاً مع طبيعة جريمة الرشوة و المصلحة التي يحميها القانون بالتجريم. فالمصلحة محل الحماية الجنائية هي نزاهة الإدارة و استقامتها، و العدوان على هذه المصلحة يتأتى أساساً من القائم عليها. فالرشوة هي جريمة الموظف. أما صاحب المصلحة الذي يدفع الموظف إلى هذا الإخلال أو إستفيد منه، فإنه لا يعدو أن يكون مجرد شريك دفع الموظف العام أو إتفق معه أو ساعده على ارتكاب الجريمة¹.

أما القانون الجزائري فإنه قد حذا حذو المشرع الفرنسي و أخذ بنظام الإزدواجية سواء في قانون العقوبات أو في القانون 01/06 فنص في المادة 25 من هذا الأخير

¹ المرجع السالف الذكر، ص. 23.

على صورتى الرشوة، فنصت الفقرة الأولى من هذه المادة على الرشوة السلبية بينما نصت الفقرة الثانية على الرشوة الإيجابية¹.

أما بالنسبة لإستغلال النفوذ فقد إستحدثت المشرع في المادة 32 ف(1) من القانون 01/06 جريمة من يعد الموظف أو يعرض عليه أو يقدم له المزية غير المستحقة ليستغل نفوذه و هي صورة إستغلال النفوذ الإيجابي قياسا على صورة الرشوة الإيجابية. و هذا خلافا لما كان منصوصا عليه في المادة 128 من قانون العقوبات الملغاة التي لم تكن تتضمن سوى تجريم صورة إستغلال النفوذ " السلبي ". و بذلك يكون المشرع في القانون 01/06 قد أخذ أيضا بنظام الإزدواجية بالنسبة لجريمة إستغلال النفوذ. و يترتب على ذلك وجود إستغلال نفوذ إيجابي من جهة و إستغلال نفوذ سلبي من جهة أخرى.

هذا و إلى جانب إتفاق جريمتي الرشوة و إستغلال النفوذ في نظام التجريم، فإنهما أيضا تتفقان في صور السلوك المجرم و هذا ما سنتعرض له في العنوان الموالي.

الجزء الثاني: الإتفاق من حيث السلوك المجرم

بالرجوع إلى صور السلوك الخاصة بكل جريمة نجد أن الإتفاق يشمل كلا المظهرين السلبي و الإيجابي للجريمة. و بالتالي سنتعرض أولا إلى العناصر المشتركة بين الجريمتين في صورتها السلبية و ثانيا في صورتها الإيجابية.

العناصر المشتركة في المظهر السلبي من الجريمتين

تعتبر كل من المادة 25 ف(2) و المادة 32 ف (2) من القانون 01/06 عن العنصر الاول من السلوك المجرم على أنه القيام بشكل مباشر أو غير مباشر بطلب أو قبول أية مزية غير مستحقة لصالح الطالب أو لغيره. فالفعل المعاقب عليه يتخذ إحدى الصورتين: طلب مزيه غير مستحقة أو قبولها¹².

¹ كان قانون العقوبات ينص على الرشوة السلبية في المادة 126 و على الرشوة الإيجابية في المادة 129
² قانون العقوبات كان يضيف صورة التلقي.

و قبل التطرق إلى صور السلوك، نشير أولاً إلى أنه أياً كانت صورة السلوك المجرم فإنه يشترط أن يكون الإتفاق بين الراشي و المرتشي أو بين مستغل النفوذ و المستفيد سابقاً على إنجاز العمل المتاجر به، فإن قدم المستفيد المزية غير المستحقة للموظف بعد أن قام هذا الأخير بالعمل أو الإمتناع دون وجود ما يثبت الإتفاق السابق بين الطرفين، فإن الفعل لا يعتبر رشوة بل قد يدخل في حكم تقديم الهدايا. و من هذا القبيل إعتبر القضاء الفرنسي أن طلب أو قبول مزية بعد القيام بالعمل لا يعبر إلا عن عرفان بالجميل و لا يشكل الركن المادي لجريمة الرشوة و إنما يعتبر خطأ مهنياً²

فإن كانت المبادرة من المرتشي أو ممن يعرض إستغلال نفوذه، فالصورة تكون هي **الطلب**. و الطلب هو تعبير عن إرادة جادة³ منفردة من جانب الموظف و متجهة إلى الحصول على مقابل نظير أداء العمل الوظيفي، كالمهندس العامل في مصلحة الإعمار في البلدية الذي يطلب عطاءات من مقاول مقابل أن يبلغه بمشاريع المزايدات و كذلك من أجل أن يخفف من مراقبة الورشات التي ينجزها هذا المقاول⁴. و قد توسع بعض الفقهاء في تعريف الطلب فاعتبروه كل فعل يأتيه الموظف المرتشي و يكون كافياً للدلالة على الرغبة في الإتجار بالوظيفة بمقابل صريح أو ضمني⁵. فلم يشترط القانون شكلاً معيناً في الطلب فقد يتم شفاهة أو كتابة، صراحة أو ضمناً⁶، كما قد يكون لفائدة الموظف أو لغيره بل قد يقدمه شخص غير الموظف و لكن بإسمه. هذا و تتم الرشوة بمجرد الطلب و لو لم يستجب له صاحب الحاجة، بل و لو رفضه و سارع إلى إبلاغ السلطات العامة، لأن الرشوة السلبية قائمة بذاتها و لا يتوقف قيامها على مدى توفر الرشوة الإيجابية. فالطلب كاف على الدلالة على وجود نية الإتجار في الوظيفة، فالموظف بطلبه قد عرض العمل

¹ نشير إلى أن المشرع الفرنسي قد جمع بين جريمة الرشوة السلبية و جريمة إستغلال النفوذ في نص قانوني واحد، المادة 432-11 من قانون العقوبات الفرنسي.

² T.A Paris, 15 déc. 1998, M.D., req. N° 9700835/5, AJ- Fonctions publ., juill-aout 1999, p. 40-41.

³ لا تعتبر جادة إرادة الموظف الهازل الذي لا يقصد من اللفظ الصادر عنه معناه الحقيقي أو المجازي.

⁴ Cass.crim,4/7/1974 : Bull, crim, n° 249 ; Cass crim 1/10/1984, Bull. Crim., n° 277.

⁵ أحمد صبحي العطار، جرائم الإعتداء على المصلحة العامة، رسالة دكتوراه، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1993،

ص.195

⁶ يستفاد الطلب الضمني من تصرفات الموظف التي لا تدع شكاً في دلالتها على التعبير عن إرادته في تعليق أداء العمل الوظيفي أو الإمتناع عنه على دفع مقابل

الوظيفي كسلعة للإتجار فيها، فأخل بنزاهة الوظيفة و الثقة في الدولة التي عهدت إليه القيام بأعبائها. فالرشوة في هذه الصورة هي سلوك الموظف، و من ثم تتحقق كاملة بصرف النظر عن موقف صاحب المصلحة. هذا و قد إشتربت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها أن يصل الطلب إلى علم الراشي أو صاحب الحاجة أما قبل ذلك فه مجرد بدء في التنفيذ¹، فإذا صدر الطلب عن الموظف ثم حالت أسباب لا دخل لإرادته فيها دون إتصال علم صاحب المصلحة به، فإن الرشوة تتوقف عند مرحلة الشروع.

أما إن كانت المبادرة من الراشي فتكون صورة الرشوة السلبية هي قبول المزيه غير المستحقة. يفترض القبول كصورة للركن المادي للجريمة، إيجابا صدر من صاحب المصلحة، يتضمن عرض الوعد بالرشوة، إذا ما أتم الموظف العمل أو الإمتناع المطلوب منه. و يتمثل سلوك الموظف في هذه الصورة في قبول الوعد الصادر من صاحب المصلحة. و بالتقاء قبول الموظف المرتشي بإيجاب صاحب المصلحة الراشي، ينعقد الاتفاق بمعناه الصحيح، و يطلق الفقه على هذه الصورة إسم الرشوة الآجلة، لأن الثمن الذي إرتضاه الموظف لنفسه منفعة يستفيد منها هو أو غيره في زمن لاحق².

و بقبول الموظف للوعد بالعطية تتحقق جريمة الرشوة، سواء حصل بعد ذلك على ما وعد به أم لم يحصل إذ أن الموظف يكون بما فعله قد اتجر بوظيفته فعلا و تكون مصلحة الجماعة قد هدرت بالضرر الناشئ عن العبث بالوظيفة التي إئتمن عليها الموظف. كما لا يشترط لقيام الجريمة أن يكون الموظف قد قام بالعمل أو الإمتناع الذي قبل الوعد من أجله. فالرشوة في هذه الصورة تتم بغض النظر عن مدى قيام كل من الراشي أو المرتشي بالوفاء بما إلتزم به في الإتفاق.

و لا يشترط في قبول الموظف أن يتخذ شكلا معينا، فقد يكون القبول شفاهة أو كتابة أو بمجرد الإشارة التي تفيد معنى القبول، كما قد يكون صريحا أو ضمنيا يستفاد من

¹ الطعن رقم 32250 لسنة 69 القضائية جلسة 2002/05/19 مذكور في: ياسر كمال الدين، جرائم الرشوة و إستغلال النفوذ، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2008، ص 57.

² عوض محمد، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص. 14.

ظروف الواقعة¹. و لا يعتبر العديد من الفقهاء مجرد السكوت دلالة على القبول لأن السكوت يثير الشك في نية الموظف، فقد يكون دليلاً على الرفض أو عدم الإكتراث أو التردد، فإذا لم يقد الدليل القاطع على القبول، تعين تبرئة الموظف عملاً بقاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المتهم.

و يشترط في قبول الموظف للوعد أن يكون جدياً و حقيقياً، فينتفي إذا تظاهر الموظف به رغبة في الإيقاع بالراشي. أما العرض الصادر من صاحب المصلحة فيكفي فيه أن يكون جدياً في ظاهره، و لو لم يكن كذلك في الحقيقة. فإن كان العرض جدياً في ظاهره، و قبله الموظف على هذا الأساس، فإن جريمة الرشوة تتوافر في حقه، و لو ثبت بعد ذلك أن العرض كان صورياً بغرض الإيقاع بالموظف و كشف إتجاره بوظيفته. أما إذا لم تتوافر الجدية في عرض صاحب المصلحة و لو بشكل ظاهري، فإن قبول الموظف لهذا العرض لا يحقق جريمة الرشوة.

و يستوي لقيام الجريمة بقبول الموظف للوعد أن يكون الوعد بعطية تؤول للموظف أو لغيره و قد إشتراط بعض الفقهاء في حالة المزية للغير أن تتوافر مصلحة شخصية للموظف كأن يكون الغير ابنه أو زوجته أو من تربطه بهم صداقة أو قرابة².

يلاحظ في الأخير ان المادة 25 ف 2 لم تنص مثلها مثل المادة 32 ف (2) على صورة " التلقي" الواردة في المادتين 126 و 128 من قانون العقوبات الملغاة. فالتلقي المعبر عنه في القانون المصري ب " الأخذ" و هو الصورة الغالبة في جريمة الرشوة لأن الموظف لا يقتنع في الغالب بمجرد الوعد بمنح المزية غير المستحقة خشية أن لا يفي صاحب المصلحة بوعدده ، بل يشترط التلقي الفعلي لهذه المزية. فيتربت عن إهمال المشرع لهذه الصورة أنه إذا تلقى الموظف المزية غير المستحقة و لم يثبت وجود طلب من جانبه أو وعد من جانب الراشي فإن الركن المادي للرشوة لا يقوم إلا إذا توسع القاضي و إستنتج صورة الطلب المستترة وراء الأخذ الفعلي للمزية غير المستحقة.

¹ و يذكر الدكتور محمود نجيب حسني أن أبرز صور القبول الضمني أن ينصرف إلى أداء العمل الذي تقتضيه مصلحة صاحب الحاجة بعد علمه بالعرض، الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، المرجع السابق، ص.39.
² الدكتور فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص بالجرائم المضرة بالمصلحة العامة، المرجع السابق، ص. 68.

فالنص على صورة " التلقي " يجعل الموظف يرفض أية مزية غير مستحقة و لو جاءت على سبيل الهدية من الراشي و بذلك يبعد عن كل الشبهات، و بالتالي يبدو من الأنسب أن يسترجع المشرع في النص صورة التلقي صيانة لمبدأ الشرعية الذي يفرض عليه الدقة في صياغة النصوص الجنائية.

لكن من جهة أخرى يلاحظ أن المشرع قد نص في المادة 33 من القانون 01/06 تحت عنوان إساءة إستغلال الوظيفة على حالة تلقي الموظف العمومي للمزية غير المستحقة دون طلبها. إذ بالفعل يتمثل السلوك المجرم في هذه الجريمة في أداء عمل أو الإمتناع عن أدائه على نحو يخرق القوانين و التنظيمات بغرض الحصول على منافع غير مستحقة دون طلب أو إلتماس هذه الأخيرة. فمن خلال هذه الجريمة عالج المشرع حالة تلقي الموظف العمومي للمزية دون طلبها، لكن يبقى أنه تلقي المزية في هذه الجريمة يقع بعد إساءة استغلال الموظف لوظيفته أو منصبه عمدا من أجل أداء العمل أو الامتناع عن أدائه على نحو يخرق القوانين و التنظيمات. أي أن تصرف الموظف غير القانوني هو الذي يحمل ضحية هذا العمل إلى منح الموظف المزية غير مستحقة، علما أنه لو وقع الطلب من قبل الموظف لتحققت جريمة الرشوة.

العناصر المشتركة في المظهر الإيجابي من الجريمتين

تتفق جريمتا الرشوة و إستغلال النفوذ في شقهما الإيجابي في صور السلوك المجرم بحيث إستعملت كل من المادة 25 ف(1) و المادة 32 ف (1) نفس العبارة و هي " كل من وعد موظفا عموميا أو أي شخص آخر بأية مزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر... "

فالركن المادي لجريمتي الرشوة الايجابية و إستغلال النفوذ الإيجابي يتخذ إحدى الصور الثلاث الواردة في النصين السالفي الذكر و هي تتمثل أولا في وعد الموظف

بمزية غير مستحقة ثم في عرضها عليه و أخيرا منحه إياها¹.

فبالنسبة لصورتي الوعد و العرض فإنه يقابلهما من جهة الموظف العمومي صورة "القبول" ، ففي هاتين الحالتين تكون المبادرة من الراشي أو من طالب إستغلال النفوذ، أما في صورة " المنح" فإن الراشي أو صاحب الحاجة يستجيب فيها "لطلب" الموظف العمومي، لأن المنح غالبا لا يتم صدفة أو بقرار منفرد من صاحب المصلحة بل يسبقه إتفاق بين الراشي و المرئشي أو بين مستغل النفوذ و من لجأ إليه و ذلك بغض النظر عن بادر بالطلب أو بالعرض. فبالنسبة لجريمة الرشوة قد كان نص المادة 129 من قانون العقوبات يستعمل صراحة عبارة " إستجاب لطلبات يكون الغرض منها الإرتشاء حتى و لو لم يكن هو الذي طلبها". فالنص الجديد لم يتعرض صراحة لحالة خضوع الراشي أو استجابته لطلب المرئشي بل استعمل عبارة حيادية و هي منح المزية غير المستحقة علما أن عبارة "منحه إياها" قد تصاحب الصور الأخرى التي تكون فيها المبادرة من الراشي، أما عبارة الاستجابة لطلب المرئشي فهي تفيد بوضوح أن الراشي يعاقب و لو منح الرشوة استجابة لطلب المرئشي.

هذا و استعمال كلمة " منح" يبعد من دائرة التجريم مجرد الموافقة دون التجسيد الفعلي للإتفاق بمنح مزية غير مستحقة خلافا لما تفيده عبارة " إستجاب لطلبات..." الواردة في نص المادة 129 من قانون العقوبات الملغى التي لا يفهم منها إشتراط المنح الفعلي للمزية غير المستحقة بل يكفي ثبوت الموافقة على الطلب.

كما أن المادة 129 كانت تفرق بين الرشوة الإيجابية عن طريق الوعود و العطايا أو الهبات و الهدايا و غيرها و بين لجوء الشخص للتعدي و التهديد، ففي هذه الحالة يستفيد الموظف الذي قام بالعمل غير المستحق من مانع من موانع المسؤولية في حالة

¹ نشير أولا إلى عدم دقة النص باللغة الفرنسية، ذلك أنه اعتبر الركن المادي بأنه الوعد بالأهداء أو المنح الفعلي لمزیه غير مستحقة. « Promettre d'offrir » و قد نتج هذا الخطأ من عدم وضع فاصلة بين كلمتي "promettre" و "d'offrir" لأن المقصود هو الوعد و العرض « promettre, d'offrir ».

الإكراه أو من ظرف مخفف في حالة التهديد، أما الشخص الذي قام بالتهديد أو التعدي فانه سيعاقب مثل عقوبة الرأشي. و كان النص السابق يحل مشكلة تكيف صفة المكره على الجريمة الذي لا يمكن وصفه بالمحرض كما يصعب تكيفه على أنه فاعل معنوي إلا إذا اعتبرنا المكره من قبل الأشخاص غير الخاضعين للعقوبة وفق المادة 45 من قانون العقوبات.

و في الأخير نشير إلى أن المشرع قد جمع محل الرشوة الايجابية و كذلك إستغلال النفوذ الإيجابي في عبارة "مزية غير مستحقة" بينما كان قانون العقوبات يذكر العطية و الهبة و الهدية و أية منفعة أخرى، و تتفق كلمة "مزية" مع كلمة "منفعة" المذكورة سابقا في تعميم النص إلى كل ما يتحصل عليه الموظف من فائدة جراء المتاجرة بوظيفته. و المزية قد تكون ذات طبيعة مادية ك مبلغ من النقود أو أي مال آخر كما قد تكون ذات طبيعة معنوية فتنسج لجميع الحالات التي يصير فيها وضع المرتشي أفضل من ذي قبل نتيجة لسعي الرأشي كالحصول على ترقية أو الاستفادة من أي منفعة أخرى كالأستضافة في فندق فخم لقضاء العطلة، و من ذلك إستفادة موظفي مديريات تجهيز من قيام مؤسسات فازت بصفقة إنجاز أعمال على مستوى ثانويات فرنسية، من قيام هذه المؤسسات بإنجاز أعمال في مساكنهم الخاصة¹.

هذا و لم يكن قانون العقوبات سابقا يشترط أن تكون المنفعة غير مستحقة كما اشترطته المادة 25 من القانون 01/06، و بالتالي يجدر التساؤل عن سبب اشتراط المشرع أن تكون المزية غير مستحقة ؟ فهل يتصور أن تكون المزية الممنوحة للمرتشي من أجل قيامه بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته "مستحقة". و يبدو أن استعمال عبارة "غير مستحقة" لا فائدة منها بل تسلط اللبس على النص علما أن أية مزية تمنح للموظف تؤثر على السير العادي لعمله تعتبر من قبل الرشوة و مهما كان وصفها و الا فتح الباب أمام السلطة التقديرية للقاضي الذي سيقدر في كل مرة ان كانت المزية

¹ Le Monde, 26/01/2000 ; La Tribune, 26/01/2000

مستحقة أم لا و يصبح لدينا رشوة مباحة و رشوة معاقب عليها مثل ما هو موجود في القوانين التي تبيح منح عمولة للموظف العمومي .

حالة تقديم الهدية

لقد أفرد المشرع لتقديم الهدية نصا خاصا بعد ما كانت المادة 126 من قانون العقوبات تذكر الهدية كصورة من صور المنفعة التي يمنحها الراشي. فالمادة 38 من القانون 01/06 الواردة تحت عنوان " تلقي الهدايا " تعاقب مانح الهدية التي من شأنها التأثير في سير إجراء ما أو معاملة لها صلة بمهام الموظف. و تلحق نفس المادة حكم منح الهدية المذكور على منح أية مزية غير مستحقة. فبخلاف منح المزية غير المستحقة المنصوص عليه في المادة 25 فيما يخص جريمة الرشوة فإن العطاء في هذه الجريمة غير مصحوب بطلب محدد بقيام أو إمتناع الموظف عن القيام بعمل من واجباته، بل يكفي أن يكون من شأنه التأثير على الموظف في صالح مانح الهدية. لكن المشرع لم يضع ضابطا أو معيار للدلالة على الهدية أو المزية غير المستحقة التي من شأنها التأثير في سير إجراء ما أو معاملة لها صلة بمهام الموظف. و لا شك في أن القاضي الجنائي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تفسير هذه العبارة العامة، فلعنه يرجع إلى قيمة الهدية أو طبيعتها أو الظروف المحيطة بها، فأهداء سيارة لموظف يمتلك غيرها ليس كأهدائها لموظف لا يملك أية وسيلة نقل. فهذه المسألة نسبية تخضع لتقدير القاضي.

هذا و لم يحدد المشرع في المادة 38¹ إن كانت هذه الهدية تمنح بصفة سابقة أو لاحقة عن استفادة صاحب المصلحة من إجراء أو معاملة لصالحه. لكن وفق المجرى الطبيعي للأمر فإن تلقي الموظف للهدية يكون سابقا على تحيزه إلا إذا اعتبرنا أن الهدية اللاحقة على الاستفادة من تحيز الموظف من شأنها أن تؤثر على سير إجراء أو معاملة مستقبلية يخطط صاحب المصلحة للاستفادة منها.

الجزء الثالث: الإتفاق من حيث الركن المعنوي

¹ تنص المادة 1/38 على ما يلي: يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) و بغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج، كل موظف عمومي يقبل من شخص هدية أو أية مزية غير مستحقة من شأنها أن تؤثر في سير إجراء ما أو معاملة لها صلة بمهامه.

الرشوة و إستغلال النفوذ جريمتان عمديتان، و لذلك يتخذ ركنهما المعنوي صورة القصد الذي يقوم على عنصرى العلم و الإرادة الحرة. و لم يشترط المشرع إلا القصد العام الذي يقوم على علم الجاني بكافة أركان الجريمة و إتجاه إرادته إلى تحقيق هذه الأركان بخلاف القصد الخاص، الذي يفترض إنصراف العلم و الإرادة إلى واقعة لا تدخل في ماديات الجريمة كما حدده القانون. و يذهب الرأي الغالب في الفقه¹ إلى إشتراط القصد الخاص المتمثل في نية الإتجار بأعمال الوظيفة² باعتبار أن المشرع لا يجرم مجرد تلقي الهدايا و الهبات في حد ذاته و إنما يعاقب إنتواء الجاني غرض الإتجار بالوظيفة³ ، لكن نشير إلى وجود موقف⁴ يذهب إلى أن القصد الجنائي في الجريمتين يتمثل في القصد العام وحده الذي يكفي لقيامهما. و قد سبق و أن ذكرنا أن قيام الموظف بالعمل الوظيفي الذي يلتزم به في مقابل الفائدة أو العطية التي يحصل عليها من صاحب المصلحة ليس من ماديات الرشوة، بيد أن إتجاه إرادة الموظف إلى القيام بهذا العمل هو القصد الخاص في الرشوة، و هو أمر لا يتطلبه المشرع لقيام الجريمة، بل إن إتجاه إرادة الموظف إلى عدم تنفيذ العمل الوظيفي الذي إلتزم به لا يؤثر بصريح النص على قيام الجريمة، و هو ما يقطع بأن القصد الذي ينبغي توافره هو القصد العام وحده.

فبالنسبة للرشوة أولاً يجب أن يعلم المرتشي بتوافر أركان الجريمة جميعاً، فيعلم أولاً أنه موظف عام أو من في حكمه، و يعلم أن العمل الذي يقوم به من واجباته، فإذا انتفى العلم لدى الشخص بأنه موظف، كما لو كان لم يبلغ بعد بقرار تعيينه، أو إعتقد أنه عزل من وظيفته بناء على كتاب مزور أبلغ إليه، فإن القصد لا يعد متوافراً لديه.

يجب ثانياً أن يعلم الجاني بأنه تلقى مقابلاً للقيام بعمل وظيفي، و يعني ذلك أن هذا العلم ينبغي أن ينصب على أمرين: الأول وجود المقابل، و الثاني الإرتباط بين المقابل و العمل الوظيفي، فإذا انتفى علمه بأحد هذين الأمرين، انتفى القصد الجنائي لديه. فإذا لم يعلم الموظف بوجود المقابل انتفى القصد الجنائي كأن تدس العطية أو توضع في درج

¹ أحمد صبحي العطار، جرائم الإعتداء على المصلحة العامة، المرجع السابق، ص. 223

² أشار إليه الدكتور فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص، المرجع السابق، ص 90.

³ أحمد صبحي العطار، جرائم الإعتداء على المصلحة العامة، المرجع السابق، ص. 223.

⁴ ياسر كمال الدين، جرائم الرشوة و استغلال النفوذ، المرجع السابق، ص. 72.

مكتب الموظف دون علمه. و قد يعلم الموظف بوجود العطية أو الهدية، لكنه لا يعلم بقيام ارتباط بينها وبين العمل الوظيفي، أي لا يعلم بالغرض منها. ففي هذه الحالة ينتفي العلم بحالة الإرتباط بين العطية أو الوعد بها وبين العمل الوظيفي، لإنتفاء الصلة في نفسية الجاني بين ما يحصل عليه و العمل الذي يؤديه لأنه ظن أن العطية قدمت له لغرض برئ تبرره صلة القرابة أو الصداقة و بالتالي لا يقوم الركن المعنوي.

لكن قد يتلقى الموظف العطية معتقدا أنها هدية قدمت له لغرض بريء، ثم يكتشف بعد ذلك أن الغرض منها لم يكن بريئا، و أنها قدمت له باعتبارها مقابلا لعمل وظيفي، فيقرر رغم هذا العلم الاحتفاظ بها، و القيام بالعمل أو الامتناع أو الإخلال من أجلها. فتطبيقا للقواعد العامة فإن القصد الجنائي منتفيا لحظة ارتكاب الفعل و بالتالي فإن الجريمة غير قائمة، و يرى بعض الفقهاء أن هذا الأمر يتطلب تدخلا من المشرع لتفادي القصور في نصوص مكافحة الرشوة¹، و للخروج على القواعد العامة التي تقود إلى حل يتنافى مع خطورة جريمة الرشوة، إذ من شأنه أن يفتح السبيل إلى التحايل على النصوص المجرمة لها ليجردها من فاعليتها².

و قد يقع أيضا أن تدخل العطية في حيازة الموظف دون علم منه، و بعد أن يعلم بوجودها و بالغرض منها، يقرر الاحتفاظ بها، و يقوم بالعمل أو الامتناع أو الإخلال بناء عليها و من أجلها. ففي هذه الحالة الأخيرة يتوفر القصد الجنائي لدى الموظف، لأن الأخذ بالنسبة له لم يتحقق إلا في اللحظة التي علم فيها بوجود العطية و بالغرض منها و من ثم حدث تعاصر فعلي بين لحظة ارتكاب السلوك المادي للرشوة و بين قصده الجنائي.

نشير أخيرا إلى أن القصد يتطلب إتجاه إرادة المرتشي إلى تحقيق السلوك الذي يشكل ماديات الجريمة أي إلى الطلب أو القبول وفق المدلول السابق التحديد في إطار دراسة صور الركن المادي، و يلزم كذلك أن تنتج إرادة الجاني إلى الإستفادة من المقابل، سواء كانت إستفادته شخصية أو بواسطة الغير.

¹ د. علي راشد، الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية، طبعة 1955، ص.50، مذكور في أحمد صبحي العطار، جرائم الإعتداء على المصلحة العامة، المرجع السابق، ص. 224.

² فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص، المرجع السابق، ص.102.

أما العلم في جريمة إستغلال النفوذ، فينصرف إلى وجود النفوذ الحقيقي أو كذب الإدعاء بالنفوذ، و كذلك العلم بنوع المزية التي يعد صاحب المصلحة بالحصول عليها و يعلم كذلك بأنها من سلطة عامة وطنية، كما ينبغي إتجاه إرادة المتهم إلى طلب أو أخذ المزية غير المستحقة أو قبول الوعد بها. و على نفس النحو المشار إليه بالنسبة لجريمة الرشوة، فإنه إذا توافر القصد الجنائي فإنه يستوي أن تكون نية المتهم قد إتجهت فعلا إلى بذل الجهود من أجل الحصول أو محاولة الحصول على ما وعد به، أو أن تكون متجهة منذ البداية إلى عدم بذل أي جهد في سبيل ذلك.

نشير في الأخير أنه إلى جانب إتفاق الرشوة السلبية و إستغلال النفوذ السلبي في الركن المعنوي، فإنه كذلك الشأن بالنسبة للركن المعنوي للرشوة الإيجابية و إستغلال النفوذ الإيجابي، فالركن المعنوي المتطلب بالنسبة لهما هو القصد الجنائي مع إنفراد كل واحدة منهما بعناصرها المادية الخاصة التي يستوجب القانون العلم بها. فيعلم الراشي بأنه يتعامل مع موظف عمومي و أن ما يقدمه له هي مزية غير مستحقة و أن مقابلها هو قيام هذا الموظف لصالحه بعمل أو الإمتناع عن عمل من واجباته. أما بالنسبة لإستغلال النفوذ الإيجابي فينبغي توفر العلم لدى الفاعل بأنه يمنح مزية غير مستحقة لشخص ذا نفوذ لكي يمكنه هذا الأخير من مزية غير مستحقة ممنوحة من قبل إدارة أو سلطة عمومية.

بعدما تمت الإشارة إلى العناصر المشتركة بين جريمتي الرشوة و إستغلال النفوذ، يتناول العنوان الموالي دراسة ما يميز كل جريمة عن الأخرى.

الفرع الثاني: العناصر المميزة لكل جريمة على حدة

نشير أولا إلى وجود فرق أساسي بين الرشوة و إستغلال النفوذ، فالرشوة في جوهرها إتجار بالعمل الوظيفي يختص به الموظف أو يزعم أو يعتقد خطأ بأنه مختص به، بينما إستغلال النفوذ هو إتجار في سلطة حقيقية أو موهومة للجاني، الذي لا يختص بالعمل الوظيفي الذي تلقى المقابل من أجله و لا يزعم إختصاصه أو يعتقد خطأ بقيامه،

بل إنه ليس بلازم أن يكون مستغل النفوذ موظفا عموميا. فيظهر الإختلاف بين الجريمتين أولا من حيث إتساع نطاق صفة مرتكب إستغلال النفوذ و ثانيا قيام المرتشي نفسه بإنجاز المقابل لما أخذ من مزية غير مستحقة و أخيرا من حيث إشتراط أن تكون الفائدة التي تنتج عن إستغلال النفوذ غير مستحقة و هذا ما سنتعرض له في العناوين التالية. لكن قبل ذلك نشير إلى أنه بالنسبة للإختلاف الموجود بين الجريمتين في مظهرهما الإيجابي فإنه تحصيل حاصل عن الإختلاف الذي سنتعرض له فيما يخص المظهر السلبي للجريمتين و الذي يتعلق أساسا بما سيتحصل عليه الشخص من مزية، و بالتالي سيقنصر في دراسة الإختلاف على الرشوة و إستغلال النفوذ السلبيين.

الجزء الأول: إشتراط صفة الموظف العمومي في الرشوة

تعتبر الرشوة من جرائم ذوي الصفات بحيث أن صفة الموظف العمومي هي شرط أولي لقيام الجريمة، أما بالنسبة لإستغلال النفوذ فإن المشرع سوى بين الموظف العمومي و غيره من الأشخاص، فقد إستهل المادة 32 ف (2) بعبارة " كل موظف عمومي أو أي شخص آخر..." و كان الشأن كذلك في نص المادة 128 من قانون العقوبات الملغاة إذ كان المشرع يستعمل عبارة " كل شخص " دون ذكر الموظف العمومي و لو على سبيل المثال، و يؤكد هذا الإختلاف ما ذهبت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها الذي جاء فيه بشأن قرار جمع بين وصفي الإرتشاء و إستغلال النفوذ أن " الإتهامين متعارضين لا إنسجام بينهما مما يستوجب إبعادهما سويا ومن ثم فيفترض في عملية الإرتشاء أو دوائر تسهيل مباشرة القيام بعمل وظيفي بينما جريمة إستغلال النفوذ مستقلة عن ممارسة الوظيفة من حيث العناصر المكونة لها"¹.

فإستغلال النفوذ إذن قد يقع من ذوي الصفات كما قد يقع من أي شخص آخر، غاية ما في الأمر أن هذا الشخص يتذرع بتمتعه بنفوذ على السلطة العامة يمكنه من قضاء حاجة الطالب، فيتذرع بنفوذه كسند يعتمد عليه لطلب أو أخذ العطفية أو قبول الوعد بها.

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/4/3، ملف رقم: 33186، مذكور في: أ. أحمد لعور، أ. نبيل صقر، العقوبات في القوانين الخاصة، الموسوعة القضائية الجزائرية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص.

فالموظف غير مختص بالعمل المطلوب و لم يزعم الإختصاص، و إلا قامت الرشوة العادية، و لكنه يعد صاحب المصلحة بإستعمال سلطته في أمر و توجيه المختص بهذا العمل ليؤديه بما يحقق مصلحة صاحب الحاجة

و لكن يستوي أن يكون للجاني نفوذا حقيقيا أو ألا يكون له نفوذا على الإطلاق، و إنما أوهم صاحب المصلحة بأن له نفوذ. و إذا كان للموظف نفوذا على المختص بالعمل، فيستوي ألا يكون له نفوذ مطلقا، أو أن يكون له نفوذ محدود و يوهم صاحب المصلحة بأن نفوذه عليه لا حدود له.

و ليس بلازم أن يكون زعم النفوذ بإدعائه صراحة أو أن يكون مدعما بمظاهر خارجية تحمل صاحب المصلحة على الإعتقاد به بل يكفي أن يكون سلوك الجاني منطويا ضمنا على زعم منه بهذا النفوذ.

و علة تجريم إستغلال النفوذ في حالتي النفوذ الفعلي أو النفوذ المفترض هو رغبة المشرع في التوسع في حماية الثقة في الوظيفة العامة. فإذا كان النفوذ حقيقيا فإن الجريمة تتضمن إساءة إستغلال السلطة المخولة لمستغل النفوذ، فضلا عما في ذلك من إخلال بمساواة المواطنين أمام المرافق العامة، و تسهيل لإثراء الموظفين غير المشروع.

أما إذا كان النفوذ مزعوما فألى جانب الإخلال بالثقة في الوظيفة العامة و السلطات العامة، فإن مدعي النفوذ يعتبر محتالا على أصحاب المصالح الذين يتعاملون مع الإدارة و ذلك بغض النظر عن كونهم هم ذاتهم آثمين من خلال رغبتهم في الحصول على مزية غير مستحقة.

الجزء الثاني: قيام المرتشي شخصيا بالسلوك المجرم

إن الفاعل في جريمة إستغلال النفوذ ليس هو من يقوم بالعمل الذي من شأنه منح المزية غير المستحقة للمتعامل مع الإدارة بل دوره يقتصر على إستغلال نفوذه على هذا الموظف ليمنح المزية غير المسحقة، أما جريمة الرشوة فمحلها أداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجبات الموظف مقابل المزية الممنوحة من قبل الراشي، كأن يقوم منتخب

محلي حصل على رشوة بالتصويت لصالح المؤسسة الرشوية أثناء عرض برنامجها على المجلس المحلي لتفوز بصفة إنجاز أشغال عمومية¹ فالمادة 25 من خلال استعمال عبارة "عمل من واجباته" قد ضيقت من نطاق تطبيق النص و حددته بالعمل الذي من اختصاص الموظف بينما كان النص القانوني السابق يستعمل عبارة عمل من أعمال وظيفته، و كذلك العمل الخارج عن الاختصاصات الشخصية للموظف و الذي من شأن وظيفته أن تسهل له أداءه. فالنص الجديد لا يسمح بمعاقبة الموظف الذي يتاجر بعمل لا يدخل ضمن واجباته المهنية الشخصية. أما النص باللغة الفرنسية فقد استعمل عبارة "أداء عمل أثناء ممارسة وظائفه" أما اتفاقية الأمم المتحدة فقد استعملت عبارة "فعل ما لدى أداء واجباته". و مدلول مصطلح "واجبات" أوسع من مدلول مصطلح "أعمال وظيفته" أو "وظائفه"، فأعمال الوظيفة هي تلك الأعمال التي تتطلبها المباشرة الطبيعية للوظيفة و التي تحددها القوانين و اللوائح و التعليمات و الأوامر الصادرة من الرؤساء الإداريين. أما الإخلال بواجبات الوظيفة فهو يشمل كل عبث يمس الأعمال التي يقوم بها الموظف، و يدخل بواجب أدائها على الوجه السوي القويم. و قد اعتبرت محكمة النقض المصرية أن القانون قد استهدف من النص على مخالفة واجبات الوظيفة كصورة من صور الرشوة مدلولاً عاماً أوسع من أعمال الوظيفة التي تنص عليها القوانين و اللوائح و التعليمات ، بحيث يشمل أمانة الوظيفة ذاتها². فالواجبات قد لا تنص عليها صراحة قواعد القوانين أو اللوائح و لكنها تستلهم رغم ذلك من روح هذه القواعد، كما تستلهم من المصلحة العامة التي ينبغي أن تكون رائد الموظف العام في قيامه بأعباء وظيفته و الهدف الوحيد الذي يجب أن تستهدفه تصرفات الموظف عندما يؤدي أعمال الوظيفة³. فقد يكون الإخلال بالوظيفة على شكل مباشرة العمل على نحو مخالف للقانون أو الانحراف في استعمال السلطة التقديرية المخولة للموظف أو مخالفة الاختصاص .

¹ Cass.Crim, 3/11/1933 ; Gaz.Pal. 1933, 2, p. 972.

² نقض 7 أكتوبر 1958، مجموعة أحكام النقض، السنة 9، رقم 187، ص 776، مذكور في فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، المرجع السابق، ص.85.

³ المرجع السالف الذكر، ص.86-87.

تجدر الإشارة أيضا إلى أن النص السابق كان يشترط أن يكون العمل الذي يقدمه المرشحي غير مقرر له أجر بغض النظر عن مشروعيته، أما النص الجديد فلا يشترط أن لا يكون للعمل أجر، كما يستوي أن يكون الواجب الوظيفي المطلوب أدائه مشروعاً أو غير مشروع. فالحكمة من معاقبة متاجرة الموظف في العمل المشروع هو منعه من تقاضي مقابل لا يقرره القانون كما أن عدم اشتراط صفة العمل غير المشروع تسد أمام الموظف المرشحي باب الاحتجاج بأنه إنما أدى عملاً مطابقاً للقوانين.

و تقوم الرشوة حتى لو لم يؤد الموظف العمل الذي أخذ الرشوة للقيام به¹. فأداء العمل الوظيفي هو غاية الرشوة و لكنه ليس من أركانها. فوفاء الموظف بما وعد به صاحب المصلحة هو أمر لا يدخل في النموذج القانوني لجريمة الرشوة. فالركن المادي يقوم على أساس طلب أو قبول المزية غير المستحقة من أجل أداء العمل أو الإمتناع عن أدائه دون إشتراط القيام فعلاً بهذا العمل أو الإمتناع. و بالتالي إعتبر بعض الفقهاء أن جريمة الرشوة من جرائم الخطر لأن القانون لا يشترط لقيامها تحقق السبب من الرشوة، بل يعاقب عليها لإحتمال القيام بهذا السبب، الأمر الذي يعرض الوظيفة للخطر².

أما جريمة إستغلال النفوذ فما يتاجر فيه الفاعل هو نفوذه الحقيقي أو المفترض على الموظف العمومي، فيستعمله ليتمكن المستفيد من الفوز بصفقة عمومية. و لعل الأمر يتعلق خاصة بالوسطاء الذين يتقاضون مقابلاً لإدعائهم بأنهم يحوزون معلومات إمتيازية أو أنهم قادرين على الحصول على قرارات منح الصفقات لفائدة من دفع لهم المزية غير المستحقة. و في هذا الإطار يطرح مشكل معرفة الحد الفاصل ما بين الوساطة المشروعة الضرورية في كثير من الأحيان لعقد العلاقات التجارية وبين إستغلال النفوذ المعاقب عليه الذي يرمي إلى "شراء" قرار منح الصفقة، و يبقى على القاضي دراسة وقائع كل قضية على حدة لتقرير مدى قابلية الوقائع للتكييف على ضوء جريمة إستغلال النفوذ.

¹ Cass. Crim 9/11/1995 : Bull Crim., n° 346.

² أنور العمروسي، أمجد العمروسي، الشرح و التعليق على جرائم الأموال العامة، دار العدالة، القاهرة، 1996، ص. 230.

الجزء الثالث: إشتراط المزية غير المستحقة في إستغلال النفوذ

إن كان المشرع لم يميز بالنسبة لجريمة الرشوة بين أداء العمل أو الإمتناع عنه المشروعين من جهة و أداء العمل أو الإمتناع عنه غير المشروعين من جهة أخرى أي أنه سوى بين كون الواجب الوظيفي المطلوب أدائه مشروعاً أو غير مشروع، فإن الأمر يختلف بالنسبة لجريمة إستغلال النفوذ. فالمشرع قد إشتراط في المنافع التي يتحصل عليها المستفيد بفضل تدخل صاحب النفوذ، أن تكون غير مستحقة. مما يفيد بمفهوم المخالفة أن القانون لا يعاقب على إستغلال النفوذ لتمكين شخص ما من الحصول على مزية مستحقة.

و الملاحظ أن المشرع كان في المادة 128 من قانون العقوبات الملغاة يصنف ما يتحصل عليه المستفيد إلى ثلاثة أنواع من الفوائد، أولاً المزايا التي تمنحها السلطة العامة يذكر على سبيل المثال الأنواع¹ و الأوسمة و غيرها..، ثانيا الأرباح الناتجة من إتفاقات مبرمة مع السلطة العمومية أو مع مشروعات إستغلالية الموضوعة تحت إشراف السلطة العمومية و يذكر على سبيل المثال الصفقات أو المقاولات، و في الأخير يذكر بصفة عامة القرارات الصادرة عن السلطة العمومية أو الإدارة. و لم يكن يشترط المشرع كما يفعله في القانون 01/06 أن تكون المزية غير مستحقة. فيظهر نطاق جريمة إستغلال النفوذ أوسع مما أصبح عليه لا سيما و أن المشرع لم يضع أي معيار لتحديد مدلول المزية غير المستحقة، تاركاً تفسير هذه العبارة للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي، الذي قد يتوسع في مدلولها كما قد يضيق منه. على أنه بالنسبة لمجال الصفقات العمومية فإنه يمكن الإستعانة بمدلول المزية غير المستحقة التي وضع لها المشرع معياراً بالنسبة لجريمة المحاباة على النحو السالف دراسته وهو مخالفة الأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشيح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات. و على أية حال، فمن حيث إشتراط أن

¹ جمع النوط و هي المعاليق أو ما يعلق، المنجد في اللغة و الأعلام، المرجع السابق، ص. 847.

تكون المزية غير مستحقة يبدو نطاق جريمة إستغلال النفوذ أقل إتساعا من نطاق جريمة الرشوة التي سوى المشرع بشأنها بين العمل المشروع و غير المشروع.

و الجدير بالذكر أن المشرع قد إشتراط في المزية غير المستحقة أن تكون صادرة عن إدارة أو سلطة عمومية، فيترتب على ذلك أن الجريمة لا تقوم إذا كان إستعمال النفوذ من أجل قضاء مصلحة لشخص لدى جهة خاصة، أو سلطة غير وطنية كسفارة أو قنصلية أو مؤسسة أجنبية.

و في الأخير نشير إلى أنه ليس بلازم أن يحقق الجاني المستغل لنفوذه ما وعد به و يحصل على الميزة أو الفائدة التي أوهم صاحب المصلحة من السلطة العامة بقدرته على تحقيقها له، بل تقوم الجريمة تامة و لو لم يوف الموظف بما وعد به.

الفرع الثالث: الرشوة في مجال الصفقات العمومية

إن كانت جريمة الرشوة على النحو السالف دراسته تنطبق على تعامل الموظف العمومي في الصفقات العمومية، فإنه مع ذلك أورد المشرع نصا خاصا بعنوان الرشوة في مجال الصفقات العمومية سنخصص له الجزء الأول من هذا الفرع، إلى جانب ذلك قد خص المشرع الرشوة في مجال إبرام الصفقات الدولية بنص عقابي خاص¹ تحت عنوان " رشوة الموظفين العموميين الأجانب و موظفي المنظمات الدولية " و هذا ما سنتعرض له في الجزء الثاني من هذا الفرع.

الجزء الأول: الرشوة في مجال الصفقات العمومية الوطنية

تجرم و تعاقب المادة 27 من القانون 06-01 فعل الرشوة في مجال الصفقات العمومية كما كانت تفعل المادة 128 مكرر 1 من قانون العقوبات الملغاة مع وجود إختلاف من حيث تجنيح النص الجديد للفعل بعدما ما كان يعتبر جنائية، لكن مع تشديد العقوبة من السجن ما بين 5 سنوات و 20 سنة إلى الحبس ما بين 10 و 20 سنة و

¹ المادة 28 من القانون 01/06

الغرامة ما بين 100.000 دج و 500.000 دج إلى الغرامة ما بين 1.000.000 دج و 2.000.000 دج.

و الملاحظ عموما أن جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية لا تعدو أن تكون إلا حالة خاصة من حالات رشوة الموظفين العموميين يشدد فيها المشرع العقوبة و يحدد إطار منح الرشوة في تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو مؤسسات عمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري أو مؤسسات عمومية اقتصادية. و في هذا الإطار تشير إلى وجود إختلاف في الصياغة ما بين نص المادة 27 باللغة العربية و نصها باللغة الفرنسية، إذ أن هذا الأخير أورد أربع مراحل يمكن أن تقع فيها الرشوة في مجال الصفقات العمومية و هي أولا مرحلتي تحضير الصفقة أو إجراء المفاوضات بخصوصها ثم مرحلة إبرامها و أخيرا مرحلة تنفيذها، أما النص العربي فقد جاء على النحو الآتي: "...بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق..."، و بذلك لم يتضمن النص العربي إلا حالتي التحضير و إجراء المفاوضات أما الإبرام و التنفيذ فقد جعلهما كقصد للتحضير أو إجراء المفاوضات، أي أن النص باللغة العربية لا يعاقب على الرشوة في مجال الصفقات عندما تتم في مرحلة الإبرام أو التنفيذ و هذا ما يتنافى مع الغرض من قانون مكافحة الفساد. فالنص باللغة الفرنسية أصح و أشمل من النص باللغة العربية.

و الملاحظ أن صور السلوك المجرم في جريمة الرشوة العامة هي طلب و قبول مزية غير مستحقة، بينما نصت المادة 27 من القانون 01/06 على معاقبة قبض الموظف أو محاولة قبضه أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري أو المؤسسات العمومية الاقتصادية.

فالسلك المجرم هو القبض أو محاولة القبض بغض النظر عن الطرف المبادر بعرض المنفعة، فلا يكفي الطلب أو القبول بل يشترط التسليم الفعلي أو محاولة الاستلام الفعلي. أما مجرد الطلب أو قبول العرض فإنه يخرج عن دائرة تطبيق المادة 27 و إن كان يمكن أن يخضع لأحكام المادة 25، و بالتالي تختلف الرشوة في مجال الصفقات العمومية عن الرشوة العامة من حيث السلوك المجرم، لكون الأخيرة تقوم لمجرد إثبات طلب المزية غير المستحقة أو قبولها بينما تشترط الثانية قبض الأجرة أو المنفعة أو محاولة قبضها، أي التجسيد الفعلي للمقابل الممنوح للموظف العمومي و هي بذلك أقرب إلى صورة الرشوة التي كانت موجودة من قبل و هي " التلقي للمزية غير المستحقة".

يلاحظ أيضا أن نص المادة 27 لم يشترط فيما يحصل عليه الموظف أن يكون "مزية غير مستحقة"، بل إستعمل عبارة "أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها"، و بذلك قد تضم كلمة أجرة كل مقابل نقدي مثل العمولات أو سداد دين أو مال عيني مثل الهدايا من مجوهرات و سيارات.

هذا و لعل ما يميز هذه الجريمة أكثر هو عدم نصها و تحديدها للغرض من الحصول على الأجرة أو الفائدة كما فعلته المادة 25 (القيام بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته) بل اكتفت بالنص على قبض أو محاولة قبض المزية بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضة صفقة. فكلمة "بمناسبة" مصطلح عام و واسع المدلول و لا يحمل بالضرورة مدلول إخلال الموظف بواجباته، بل يكفي تزامن قبض الأجرة أو المنفعة مع فوز المؤسسة الواهبة بالصفقة العمومية. و يمكن تصور حصول الموظف على المنفعة دون إخلاله بواجباته و في ذات الوقت فوز المؤسسة الواهبة بالمنفعة بالصفقة بصفة قانونية. فتظهر بهذا الشكل جريمة الرشوة في مجال الصفقات كجريمة خطر و ليس جريمة ضرر، أي أن المشرع بنى الجريمة على أساس واقعة مادية هي الحصول على أجرة أو منفعة بمناسبة تحضير أو إبرام صفقة دون أن ينص على المطلوب من الموظف العمومي مقابل ما تحصل عليه من فائدة. و هنا تكمن خطورة هذه الجريمة على الموظف العمومي، إذ أنه رغم شدة العقوبة المقررة في هذه المادة إلا أن الجريمة تقوم على مجرد

إثبات تزامن قبض الفائدة مع تحضير أو إبرام صفقة عمومية دون حاجة لإثبات ما قام به الموظف، فمتاجرة الموظف بواجباته مفترض.

لكن يبقى أنه من الواجب إثبات علم المتهم بالمقابل الممنوح له و هو عنصر مستغرق في كلمة قبض، سواء قبض المقابل مباشرة أو عن طريق شخص آخر. والقبض بصفة غير مباشرة أي عن طريق شخص آخر، يتحقق إما بطلب من الموظف الذي يعين الشخص الذي تمنح له الفائدة و إما أن يسلم المتعامل الفائدة إلى شخص لم يعينه المتهم و لكن توجد صلة بينهما، و في هذه الحالة الأخيرة يجب إثبات علم المتهم بقبض هذا الغير للفائدة و موافقته عليها.

نشير في الأخير إلى عدم نص المادة 27 على الرشوة الايجابية في مجال الصفقات العمومية، بل جعل الجريمة هي جريمة الموظف العمومي أما الراشي فيبقى خاضعا للنص العام أي للمادة 25.

الجزء الثاني: الرشوة في مجال الصفقات الأجنبية

لم يكتف المشرع على النص على معاقبة الرشوة التي ترتكب في مجال الصفقات العمومية الوطنية أي التي تبرم من قبل الأشخاص العامة الوطنية بل إستحدث نصوصا يتضمن حماية جنائية للصفقات غير الوطنية لكن ذات الصلة بالتجارة الدولية.

الأشخاص المعنيون بهذه الجريمة

إلى جانب رشوة الموظفين العموميين الوطنيين استحدث القانون 01/06 نصوصا يعاقب على رشوة الموظفين العموميين الأجانب و موظفي المنظمات الدولية العمومية و هو نص المادة 28 و قد عرفت المادة 2 من نفس القانون الموظف العمومي الأجنبي بأنه " كل شخص يشغل منصبا تشريعيًا أو تنفيذيًا أو إداريًا أو قضائيًا لدى بلد أجنبي، سواء كان معينًا أو منتخبًا، و كل شخص يمارس وظيفة عمومية لصالح بلد أجنبي، بما في ذلك لصالح هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية". أما موظف منظمة دولية عمومية فقد

عرفته نفس المادة على أنه " كل مستخدم دولي أو كل شخص تأذن له مؤسسة من هذا القبيل بأن يتصرف نيابة عنه"¹.

أما عن الرشوة الإيجابية فالنص بشأنها ورد عاما و إستعمل عبارة " كل من وعد موظفا عموميا أجنبيا أو موظفا في منظمة دولية عمومية بمزية غير مستحقة....". فالفاعل إذن قد يكون شخصا و طنيا أو أجنبيا، طبيعيا أو معنويا. و إن كانت قابلية تطبيق القانون الجنائي الجزائري لا تطرح إشكالا بالنسبة للشخص الوطني إذ يكفي تطبيق مبدأ الشخصية² لعقد الإختصاص للقاضي الجزائري ، فإن الإشكال يطرح بالنسبة للراشي الأجنبي لا سيما إذا وقع الفعل في الخارج، ذلك أن الإختصاص لا ينعقد للقاضي الجزائري وفق مبادئ تطبيق القانون الجنائي من حيث المكان، بل الحل الوحيد يكمن في إعمال مبدأ العالمية على شرط إعتبار جريمة الفساد الضارة بالتجارة الدولية من قبل الجرائم العالمية.

السلوك المجرم

لا تختلف جريمة رشوة الموظفين العموميين الأجانب عن جريمة الرشوة العامة من حيث صور السلوك المجرم بحيث تبقى بالنسبة للرشوة السلبية هي طلب أو قبول مزية غير مستحقة، بشكل مباشر أو غير مباشر سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص آخر أو كيان آخر. و كذلك الشأن بالنسبة لصور السلوك في الرشوة الإيجابية فهي وعد الموظف العمومي الأجنبي بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه سواء لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص آخر أو كيان آخر.

¹ المنظمة الدولية هي كائن قانوني (كيان) أو وحدة قانونية تضم مجموعة من الدول ، ينشأ من خلال اتفاق دولي ، و يتكون من أجهزة أو فروع دائمة ، ويتمتع بإرادة ذاتية مستقلة في مواجهة الدول المكونة له ، وذلك بقصد رعاية بعض المصالح المشتركة أو تحقيق أهداف معينة. و تتميز المنظمات الدولية الحكومية بأنها تتكون من دول ذات سيادة وذلك بموجب معاهدة أو إتفاق دولي متعدد الأطراف ، وأن لها كيانا دائما ومستمرًا، وأنها تملك الشخصية القانونية المستقلة بمعنى الإرادة الذاتية المستقلة عن إرادات أعضائها انفراديا.

² نص المشرع الجزائري على مبدأ الشخصية في المادة 582 من قانون الإجراءات الجزائية بالنسبة للجنايات و في المادة 583 بالنسبة للجناح.

أما ما يميز جريمة رشوة الموظفين العموميين الأجانبين و موظفي المنظمات الدولية العمومية فهو طبيعة العمل أو الإمتناع الذي يطلب من هذا الموظف. فإن كان هذا العمل في الرشوة العادية هو كل عمل يدخل ضمن واجبات الموظف، فإن المشرع قد إشتراط بالنسبة للرشوة الإيجابية أن يكون أداء العمل الذي يدخل ضمن واجبات الموظف أو الإمتناع عنه بغرض الحصول أو المحافظة على صفقة أو أي إمتياز غير مستحق ذي صلة بالتجارة الدولية أو غيرها. فتشير أولا إلى أن هذا الشرط لم يرد ذكره بالنسبة للرشوة السلبية، و بالتالي فإن التطبيق الحرفي للنص يضعنا في إطار جريمة مرتكبة من قبل شخص أجنبي دون الإشارة إلى مكان وقوعها. فإن وقعت في الجزائر فيعقد الإختصاص للقاضي الجزائري تطبيقا لمبدأ الإقليمية، لكن الإشكال يطرح بالنسبة لوقوعها في الخارج و هو الحالة الغالبة بالنظر إلى طبيعة السلوك المجرم، إذ أن الأصل أن الموظف العمومي الأجنبي يمارس واجباته في بلده أو في مقر المنظمة الدولية التي ينتمي إليها. فإذا أردنا تطبيق معايير تطبيق القانون الجنائي الجزائري من حيث المكان المتمثلة في مبدأ الإقليمية و مبدأ الشخصية و مبدأ العينية، فإننا نلاحظ عدم إمكانية أعمال أي واحد منها بالنسبة لنص المادة 28 فقرة 02، ذلك أن الجريمة لم تقع على الإقليم الوطني و لا تمس بالمصالح الأساسية للدولة و الجاني لا يحمل الجنسية الجزائرية. و السبيل الوحيد لعقد الإختصاص للقاضي الجنائي الجزائري هو أعمال مبدأ العالمية، و هل جريمة رشوة الموظف العمومي الأجنبي هي من قبل الجرائم الدولية الخاضعة لمبدأ العالمية. و على افتراض ذلك فإنه لا وجود في القانون الجزائري ما يفيد الأخذ بمبدأ العالمية. و بتعديل المشرع للنص الأصلي الموجود في الاتفاقية الدولية فإنه لا يمكن التمسك بالاختصاص في مواجهة الدولة الموقعة على الاتفاقية على أساس الالتزام الاتفاقي الدولي.

أما بالرجوع إلى رشوة الموظفين الأجانب الإيجابية فنجد أن المشرع إشتراط عوضا خاصا و هو الحصول أو المحافظة على صفقة أو أي امتياز غير مستحق ذي صلة بالتجارة الدولية أو غيرها. فتطبيق هذه المادة يقتضي تحديد المجالات ذات الصلة

بالتجارة الدولية مما يفسح المجال لتفسير القاضي هذا من جهة و من جهة أخرى فإن استعمال مصطلح "أو بغيرها" يتنافى و التحديد الذي أراده المشرع من خلال عبارة "ذي صلة بالتجارة الدولية". ذلك أن مصطلح "بغيرها" يفيد اختصاص القاضي مهما كان مجال الرشوة و هذا لا يتماشى أيضا مع الأغراض المتوخاة من هذا القانون المتمثلة أساسا في حماية الاقتصاد الوطني في إطار اقتصاد عالمي مفتوح مثلما تدل على ذلك ديباجة الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد. و قد خالف القانون 01/06 في هذه النقطة نص المادة 16 من الاتفاقية التي تقابل المادة 28 منه و التي لم يستعمل عبارة "أو بغيرها"، بل حددت جريمة رشوة الموظف العمومي الأجنبي بمجال تصريف الأعمال التجارية الأجنبية لا غير. فهل أراد المشرع الوطني مكافحة الفساد مهما كان الغرض منه و لو لم يكن لهدف اقتصادي؟ يبقى إذن أن نص المادة 28 يطرح إذن إشكاليتين، من جهة مخالفة النص لأحكام الاتفاقية من خلال عدم تقييد رشوة الموظف العمومي الأجنبي بمجال تصريف الأعمال التجارية الأجنبية و من جهة أخرى عدم قابلية النص للتطبيق وفق مبادئ تطبيق القانون الجنائي الجزائري من حيث المكان لعدم توفر معاييرها و عدم إمكانية إعمال مبدأ العالمية لأن القانون لم ينص على الأخذ به.

المطلب الثالث: جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية

لقد نص المشرع في المادة 35 من القانون 01/06¹ على معاقبة كل موظف عمومي يأخذ أو يتلقى إما مباشرة، و إما بعقد صوري و إما عن طريق شخص آخر، فوائد من العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يكون وقت ارتكاب الفعل مديرا لها أو مشرفا عليها بصفة كلية أو جزئية، و كذلك من يكون مكلفا بأن يصدر إذنا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما و يأخذ منه فوائد أيا كانت. و قد

¹ المادة 123 من قانون العقوبات الملغاة

إصطلح الفقه المصري على تسمية هذه الجنحة بجنحة " التريب"¹ و يسميها الفقه الفرنسي بجريمة التدخل "Ingérence"². تبدو هذه الجريمة ناجمة من إرادة تهذيب الوظيفة العامة من خلال وضع نصوص قانونية وقائية تهدف إلى إبعاد الموظف عن الوقوع في إغراء إستعمال وظيفته لتحقيق أرباح لنفسه على حساب الإدارة التي منحته هذه الوظيفة. و قد تضمنت المادة 8 من القانون 01/06 آليات ترمي إلى الوقاية من الوقوع في هذه الجريمة من خلال النص ضمن مدونات قواعد سلوك الموظفين العموميين على إلتزام الموظف العمومي بإخبار السلطة الرئاسية التي يخضع لها إذا تعارضت مصالحه الخاصة مع المصلحة العامة، أو يكون من شأن ذلك التأثير على ممارسته لمهامه بشكل عاد.

فجوهر هذه الجنحة هو إستغلال أعمال الوظيفة العامة التي يختص بها الجاني بقصد تحقيق الربح أو المنفعة. فهي إذن من جرائم الوظيفة العامة مثلها في ذلك مثل جريمة الرشوة، و إن كان الإختلاف بين الجريمتين يتمثل في أن الرشوة في جوهرها إلتجار في ذات أعمال الوظيفة، بينما الجريمة المنصوص عليها في المادة 35 تعاقب على إستغلال الوظيفة ذاتها للحصول على ربح أو منفعة من أعمالها. و قد يلجأ الموظف إلى أخذ فائدة من أعمال الوظيفة حتى لا يقع تحت طائلة النصوص المجرمة للرشوة³. فعلة التجريم الأساسية هي أن الموظف يجمع بين صفتين لا يجوز الجمع بينهما، و هذا الجمع من شأنه إهدار المصلحة العامة: إإختصاصه الوظيفي يفرض عليه السهر على المصلحة العامة و مباشرة الرقابة على من يتعاقدون مع الدولة أو يؤدون عملا لحسابها، فإذا قام بالعمل بنفسه، سواء ظاهرا أو مستترا، أو عهد به إلى شخص يريد أن يحقق له ربحا أو منفعة، أي ربط بين العمل و بين مصلحته الخاصة، فإنه لن يستطيع أن يؤدي واجبه في

¹ الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، المرجع السابق، ص 126 ؛ الدكتور فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، المرجع السابق، ص.254؛ دكتور سليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، الجرائم الماسة بالمصلحة العامة، المرجع السابق، ص.339.

² André VITU, *Prise illégale d'intérêts*, juriscasseur pénal, 2004, fasc 20.

³ الدكتور فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، المرجع السابق، ص.254.

الرقابة الذي يفرضه عليه إختصاصه، و إنما سيحابي مصلحته الخاصة على حساب المصلحة العامة.

و من ناحية ثانية، فإن إختصاصه الوظيفي الذي أساء إستغلاله يتيح له أن يحقق ربحاً يزيد عما كان يحققه مقاول أو مورد عادي، و ذلك حتماً على حساب المصلحة العامة، و في النهاية فإنه يدخل مع جمهور المقاولين و الموردين في منافسة غير متكافئة، إذ يستطيع بفضل ما لديه من معلومات وظيفية و ما يحوزه من سلطات أن يتفوق عليهم دون سند مشروع و هذا يعد إخلالاً بمبدأ حرية المنافسة. و لحرص المشرع على مكافحة التربح من الوظيفة لم يقتصر على تجريم هذا الفعل بموجب المادة 35 السالفة الذكر بل أصدر بتاريخ 2007/3/1 الأمر 01/07 المتعلق بحالات التنافي و الإلتزامات الخاصة ببعض المناصب و الوظائف الذي يتضمن نصوص تجريم " التربح " بالنسبة لشاغلي منصب تأطير أو وظيفة عليا للدولة يمارسونها ضمن الهيئات و الإدارات العمومية و المؤسسات العمومية و المؤسسات الاقتصادية بما فيها الشركات المختلطة التي تحوز فيها الدولة % 50 على الأقل من رأس المال و كذا على مستوى سلطات الضبط أو كل هيئة عمومية أخرى مماثلة تتولى مهام الضبط أو المراقبة أو التحكيم. و نص المشرع في المادة 6 من نفس الأمر على تجريم إستفادة هؤلاء الأشخاص من مناصبهم لتكون لهم خلال فترة نشاطهم بأنفسهم أو بواسطة أشخاص آخرين داخل البلاد أو خارجها مصالح لدى المؤسسات أو الهيئات التي يتولون مراقبتها أو الإشراف عليها أو التي أبرموا صفقة معها أو أصدروا رأياً بغية عقد صفقة معها.

و تعتبر جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية مثلها مثل جل جرائم الفساد من جرائم ذوي الصفات فيشترط لقيامها أن تتوفر صفة خاصة لدى مرتكبها و هذا ما سنتعرض له في عنوان أول قبل دراسة أركان الجريمة.

الفرع الأول: العنصر الأولي لقيام الجنحة

لقد سبق و أن درست صفة الموظف العمومي المتطلبية لقيام جرائم الفساد و بالتالي سيقنصر في الموضوع الحالي على الصفات و الشروط الخاصة بالموظف العمومي المعرض لإرتكاب جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية و هذا ما سنتناوله بالدراسة في العنوان الأول و نخصص عنوانا ثانيا لما جلب إنتباههما من إلغاء القانون 01/06 لحالة تجريم أخذ فوائد بصفة غير قانونية من قبل الشخص الذي زالت عنه صفة الموظف العمومي و ذلك تحت عنوان حالة الموظف المنتقل للقطاع الخاص.

الجزء الأول: الصفة الخاصة لدى الجاني

لقد إشتطت المادة 35 من القانون 01/06 في الفاعل أن يكون وقت إرتكاب الفعل مديرا أو مشرفا بصفة كلية أو جزئية على العقود أو المزايدات أو المناقصات أو المقاولات أو المؤسسات التي يأخذ منها فائدة و كذلك أن يكون مكلفا بأن يصدر إذنا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما.

فمن بين الموظفين العموميين بالمفهوم الجنائي العام لا يرتكب هذه الجريمة سوى من هو مكلف بمراقبة أو إدارة أو تصفية أو دفع بعض الأعمال أو بعض العمليات. فنطاق الفاعل بالنسبة لهذه الجريمة أضيق منه في جريمة الرشوة أو في جريمة الغدر. فرغم رغبة المشرع في توحيد صفة الفاعل في جرائم الفساد، فإنه يبقى أن هذه الصفة تختلف من جريمة لأخرى لأن الطبيعة الخاصة لكل فعل من هذه الأفعال المجرمة تفرض مدلولها خاصا للموظف العمومي¹.

¹ و قد كانت المادة 123 من قانون العقوبات الملغاة تحصر صفة الجاني في الموظف بمفهومه الضيق، كما هو معرف في القانون الإداري، دون سواه من باقي الفئات الأخرى، الأمر الذي جعل جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية لا تنطبق على المنتخبين على الرغم من كونهم عرضة، أكثر من غيرهم، للحصول على فوائد شخصية غير مشروعة بحكم صفتهم و اختصاصهم الواسع في الرقابة و الإشراف على الأعمال و الصفقات المحلية، و كذا قدرتهم على الإطلاع على المشاريع و الصفقات، و هو أمر تفتن له المشرع و أدمج المنتخبين في المدلول الواسع للموظف العمومي طبقا لما جاء في القانون 01/06.

و قد إشتراط المشرع أن تكون للموظف سلطة فعلية بشأن المشروع أو العملية التي أخذ أو تلقى فوائدا منها سواء من خلال تولي الإدارة أو الإشراف عليها أو أن يكون مكلفا بأن يصدر إذنا بالدفع في عملية ما أو مكلفا بتصفية أمر ما.

و لم يشترط القانون شكلا معينا في أداة إختصاص الموظف، فقد يتحدد إختصاصه بالعمل بالقانون مباشرة أو بناء على قانون أو لائحة أو قرار إداري أو تكليف كتابي أو شفوي من رئيس يختص بهذا التكليف، كما لا يشترط أن يكون الموظف مختصا وحده بكل العمل الذي تربح منه، و إنما يكفي أن يكون مختصا بجزء منه أيا كان قدره، أي أن أقل نصيب من الإختصاص بالعمل و لو كان ضئيلا يكفي لتوافر الصفة الخاصة لقيام الجريمة، فقد ينحصر إختصاصه بالعمل في مجرد الإشراف على تنفيذه أو إبداء الرأي في أي مرحلة من مراحل التنفيذ.

و قد صنف الأستاذ "أندري فيتو" ¹ " André Vitu " التطبيقات العملية للأشخاص المرتكبين للجنة إلى مجموعتين، مجموعة تضم الأشخاص المتمتعين بوكالة نيابية عامة *personnes investies de mandats électifs publics* و هي المجموعة التي تضم أغلب قضايا لجنة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية أما المجموعة الثانية فوضع فيها كل الأشخاص الآخرين الذين يقعون تحت طائلة هذه اللجنة.

أما بالنسبة للمجموعة الأولى فقد لاحظ الأستاذ " فيتو" ² Vitu أن المادة قد طبقت خاصة على رؤساء البلديات و مساعديهم و المستشارين على مستوى البلدية. و قد فسر العدد الكبير للمتابعات ضد هؤلاء بهذه اللجنة على أساس أنه يحدث غالبا على إثر إنتخابات جديدة أن تتغير الأغلبية السياسية و بالتالي يبحث المنتخبون الجدد في عمليات تسيير سابقهم لشؤون البلدية ليكتشفوا أفعالا تشكل إستفادة من فوائد بصفة غير قانونية و يقومون بتقديم شكاوى ضدهم أمام القضاء الجنائي و بذلك يتخلصون منهم كمنافسين سياسيين.

¹ André VITU, *Prise illégale d'intérêts, jurisclesseur pénal*, 2004, fasc 20, p. 4-6

² المرجع السالف الذكر.

إلى جانب المنتخبين المحليين يمكن أن يكون الفاعل موظف ضرائب¹ أو قاضي محكمة تجارية² أو مقتصد في ثانوية³ و غيرهم⁴.

و يشترط توفر الصفة في الجاني أثناء إتيانه ماديات الجريمة، و يتحدد هذا الوقت بوقت حصوله على الربح أو محاولة الحصول عليه. فإذا لم يكن الجاني موظفا في الوقت الذي تعهد فيه بأداء العمل لحساب الدولة، أو كان موظفا لا يختص بالعمل الذي حدث منه التبريح، إنتفت الصفة الخاصة فيه. و مع ذلك ينبغي ملاحظة أن إستمرار الموظف في القيام بالعمل الذي بدأه قبل أن تتوافر فيه الصفة الخاصة، دون أن يعتذر من وقت توافر الصفة فيه عن الإستمرار في مباشرته، يحقق الجريمة إذا توافرت مادياتها⁵. و في هذا الإطار يجدر التساؤل عن حكم أخذ الموظف للفائدة بعد زوال الصفة عنه و هذا ما سنتعرض له في العنوان الموالي.

الجزء الثاني: الموظف المنتقل للقطاع الخاص

قد يحدث أن تزول عن الموظف صفته هذه إما عن طريق الإستقالة أو الطرد أو الإحالة على التقاعد أو لأي سبب آخر فينتقل بعد ذلك للعمل في القطاع الخاص فيتراخي سلوك الإستفادة من الفائدة بصفة غير قانونية عن وقت توافر صفة الموظف العام المختص. و بعبارة أخرى فقد تتوافر "الإستفادة الآجلة" في حق الموظف الذي ينتفع من وظيفته بعد أن يكون قد تركها قانونا مع قيام الصلة بين الفائدة و بين وظيفته السابقة. و يواجه المشرع الفرنسي فرضا من هذا القبيل بما نص عليه في المادة 13/432 من قانون العقوبات الفرنسي من معاقبة كل فعل أخذ فوائد أو نشاط يسمح للموظف العمومي بإستعمال وظائفه السابقة أو علاقاته المهنية لأخذ فائدة أيا كانت خلال الخمس سنوات

¹ Cass., Crim., 11 mars 1976 :Bull. Crim. 1976, n° 93

² C.A Lyon. 1910, S. 1914, 2, p.108

³ Cass. Crim., 11 janvier 1956 : Bull. crim. 1656, n° 39

⁴ للإطلاع على عدة أمثلة أنظر André VITU , Prise illégale d'intérêts, juriscasseur pénal, op.cit

⁵ الدكتور فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص بالجرائم المضرة بالمصلحة العامة، المرجع السابق، ص.257.

التالية لتوقفه عن النشاط كعون عمومي¹. ففي خلال هذه الفترة يحظر عليه أخذ أو تلقي مساهمة بعملة أو إستشارة أو رأس مال في مؤسسة كان له معها علاقات مهنية متعلقة بالرقابة أو المراقبة أو إبرام صفقة أو عقد أو مجرد إستشارة لإعطاء رأي حول تلك الصفقة أو العقد. هذا و تقوم الجنحة في فرنسا على أساس معاقبة الإخلال بالقواعد التي تنظم إنتقال الموظف العمومي إلى القطاع الخاص².

و لا يجرم المشرع المصري هذا المسلك الذي نسميه "بالتربح الآجل" رغم أن جانبا من الفقه المصري يعتبر أن تجرима كهذا يبدو مناسبا مع مرحلة خصخصة الإقتصاد المصري. إذ مع إضطلاع القطاع الخاص بدور متزايد في مجال النشاط الإقتصادي يكون من الملائم حماية الموظفين - و لا سيما كبارهم - من إغراء المؤسسات الخاصة لهم فيما لو غلبوا مصالحها على المصلحة العامة كمقابل للعمل مستقبلا لدى هذه المؤسسات³.

أما القانون الجزائري فقد كانت المادة 124 من قانون العقوبات تنص على تطبيق أحكام المادة 123 التي تجرم و تعاقب أخذ الفوائد بصفة غير قانونية على الموظف خلال الخمس سنوات التالية لتاريخ إنتهاء توليه أعمال وظيفته مهما كانت طريقة الإنهاء. و كان المشرع قد عمد إلى تمديد نطاق الجريمة بهدف تجنب تلاعب الموظف و إقدامه مثلا على الإستقالة بعد تهيئة ظروف ارتكاب الجريمة ليكون بعدها قادرا على التنفيذ دون متابعة أو جزاء. أما قانون مكافحة الفساد فلم يتضمن نصا مماثلا و ذلك رغم أن إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد قد تضمنت في مادتها الثانية عشر الفقرة (هـ) ضمن التدابير الرامية لمنع ضلوع القطاع الخاص في الفساد بندا ينص على منع تضارب المصالح بفرض قيود ، حسب الإقتضاء و لفترة زمنية معقولة، على ممارسة الموظفين العموميين السابقين أنشطة مهنية، أو على عمل الموظفين العموميين في القطاع الخاص بعد إستقالتهم أو

¹ Le délit de « pantouflage »

² تنظم القانون الفرنسي وضعية إنتقال الموظف العمومي من القطاع العام إلى القطاع الخاص بموجب المرسوم 95/168 المؤرخ في 17 فيفري 1995 الذي يحظر نوعين من النشاط، أولا لا يمكن للموظف خلال خمس سنوات التالية لتوقفه عن العمل لدى مستخدم محلي أن يمارس أي عمل في مؤسسة خاصة كان مكلف بمراقبتها أو أبرم معها صفقة عمومية. ثانيا لا يمكنه أن يقوم بنشاط يمس بإعتبار وظائفه السابقة أو التي تمس بحسن سير أو حياذ المصلحة.

³ دكتور سليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، الجرائم الماسة بالمصلحة العامة، المرجع السابق، ص، 342.

تقاعدهم، عندما تكون لتلك الأنشطة أو ذلك العمل صلة مباشرة بالوظائف التي تولاها أولئك الموظفون العموميون أو أشرفوا عليها أثناء مدة خدمتهم.

فيلاحظ في هذا الإطار عدم إتباع المشرع الوطني في القانون 01/06 لتوجيهات إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في مجال تجريم أخذ فوائد بصفة غير قانونية من قبل الشخص الذي زالت عنه صفة الموظف العمومي بل أكثر من ذلك يمكن إعتبار أنه تعمد مخالفة هذا التوجيه كون الجريمة كانت موجودة في قانون العقوبات فجاء القانون 01/06 و حذفها.

لكن بعيدا عن القانون 01/06 و بالرجوع إلى الأمر رقم 07 - 01 المؤرخ في أول مارس سنة 2007 المتعلق بحالات التنافي والالتزامات الخاصة ببعض المناصب والوظائف نجده ينص في مادته الثالثة على أنه لا يمكن أن يمارس شاغلوا المناصب و الوظائف المذكورين في المادة الأولى¹ عند نهاية مهمتهم و لأي سبب كان و لمدة سنتين نشاطا إستشاريا أو نشاطا مهنيا أيا كانت طبيعته أو أن تكون لهم مصالح مباشرة أو غير مباشرة لدى المؤسسات أو الهيئات التي سبق لهم أن تولوا مراقبتها أو الإشراف عليها أو أبرموا صفقة معها أو أصدروا رأيا بغية عقد صفقة معها أو لدى أي مؤسسة أو هيئة أخرى تعمل في نفس مجال النشاط. أما بعد إنتهاء السنتين فتتص المادة 4 من الأمر 01/07 على أنه عند انقضاء مدة السنتين يجب أن تكون مما للرسلة أي نشاط مهني أو استشارة وكذا حيازة المصلحة المنصوص عليها في المادة 3 أعلاه، موضوع تصريح كتابي لمدة ثلاث (3) سنوات من طرف المعني بالأمر لدى الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وحسب الحالة، لدى آخر هيئة مستخدمة أو السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ بداية ممارسة النشاط.

¹ وهم شاغلوا منصب تأطير أو وظيفة عليا للدولة للقيام بها ضمن الهيئات و الإدارات العمومية والمؤسسات العمومية وهم شاغلوا منصب تأطير أو وظيفة عليا للدولة للقيام بها ضمن الهيئات و الإدارات العمومية والمؤسسات العمومية الاقتصادية بما فيها الشركات المختلطة التي تحوز فيها الدولة 50 % على الأقل من رأس المال و كذا على مستوى سلطات الضبط أو كل هيئة عمومية أخرى مماثلة تتولى مهام الضبط أو المراقبة أو التحكم.

يستخلص من النصوص السالفة الذكر أن المشرع بعد إصداره للقانون 01/06 بحوالي سنة تدارك الفراغ الموجود في قانون مكافحة الفساد بالنسبة لأخذ الفوائد من قبل الموظف الذي غادر وظيفته على النحو السالف ذكره لكن في نص منفصل و هو الأمر 01/07 هذا من جهة ، أما من جهة أخرى فإن المشرع قصر الفعل على فئة معينة من الموظفين وهم شاغلوا منصب تأطير أو وظيفة عليا للدولة على النحو الموضح في المادة 1 من الأمر 01/07 مما يبعد كل الموظفين الآخرين من الإلتزام ، زد إلى ذلك فإن فترة المنع من ممارسة النشاط حددت بسنتين تليها ثلاث سنوات يمكن فيها للأشخاص المذكورين القيام بالعمل المحظور لكن بشرط تقديم تصريح كتابي من طرف المعني بالأمر لدى الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وحسب الحالة، لدى آخر هيئة مستخدمة أو السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ بداية ممارسة النشاط. و بالتالي لا يمكن إعتبار أن الأمر 01/07 يملأ الفراغ الذي أحدثه إلغاء المادة 123 من قانون العقوبات. مع ملاحظة أن عقوبة جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية هي الحبس من سنتين إلى عشر سنوات و الغرامة من 200,000 دج إلى 1.000.000 دج بينما العقوبة المنصوص عليها في الأمر 01/07 هي الحبس من ستة أشهر إلى سنة و الغرامة من 100.000 دج إلى 300.000 دج و هي عقوبة تقل بكثير عن سابقتها.

بعد التطرق للأشخاص القابلين لإرتكاب الجريمة ننتقل في الفرع التالي لدراسة أركانها.

الفرع الثاني: أركان الجريمة

نتعرض فيما يلي إلى دراسة الركن المادي للجريمة ثم إلى دراسة ركنها المعنوي.

الجزء الأول: الركن المادي

يتمثل الركن المادي لجنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية في أخذ الموظف العمومي أو تلقيه لفائدة من عملية كلف بها، هذا و يضيف النص باللغة الفرنسية للمادة 35 من

القانون 01/06 صورة الإحتفاظ بالفائدة. و قد وضحت المادة 35 من القانون 01/06 أن الإستفادة قد تكون مباشرة أو بإستعمال عقد صوري أو عن طريق تدخل شخص آخر. و عليه سنتعرض في عنوان أول لصور الإستفادة و نخصص العنوان الثاني لتصنيف الفعل من خلال البحث في طبيعة الفعل المجرم.

صور الإستفادة

إستنادا إلى نص المادة 35 من القانون 01/06 باللغة الفرنسية يتمثل السلوك المجرم في أخذ الموظف العمومي أو تلقيه أو إحتفاظه بفائدة¹، فالنص يجرم الإستفادة الشخصية من الفائدة، و قد ساير المشرع ما ذهب إليه المشرع الفرنسي² من تحديد نطاق الجريمة في الاستفادة الشخصية و خالف ما ذهب إليه المشرع المصري³ الذي أوجد صورتين لجريمة التربح أولها صورة حصول الجاني لنفسه على ربح أو منفعة أو محاولته ذلك، و ثانيها حصول الجاني لغيره على ربح أو منفعة أو محاولته ذلك، و قد إشتراط المشرع المصري لقيام الجريمة في صورتها الثانية أن يكون حصول الغير للربح أو المنفعة " بغير حق" أي أن يكون قد مكنه من الحصول على مزية لا يستحقها... أما إذا مكن الموظف الغير من الحصول على منفعة أو ربح دون أن ينطوي ذلك على وجه لعدم المشروعية، أي كان حصول الغير على ذلك بحق، فلا جريمة في ذلك، لأن من طبيعة الأمور أن من يتعامل مع الدولة كمقاول أو مورد أو مشتر، إنما يهدف إلى الحصول على ربح، و إلا ما سعى إلى التعامل معها.

¹ Article 35 : « Est puni d'un emprisonnement de deux(2) à dix (10) ans et d'une amende de 200.000DA à 1.000.000 DA tout agent public qui, soit directement, soit par interposition de personnes ou par acte simulé, aura **pris, reçu ou conservé** quelque intérêt que ce soit dans les actes, adjudications, soumissions, entreprises dont il avait, au temps de l'acte en tout ou partie, l'administration ou la surveillance ou, qui, ayant mission d'ordonner le paiement ou de faire la liquidation d'une affaire, y aura pris un intérêt quelconque. »

² Article 432-12 du code pénal français : « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de **prendre, recevoir ou conserver**, directement ou indirectement, un intérêt quelconque... »

³ تقضي المادة 115 من قانون العقوبات المصري المعدلة بالقانون رقم 63 لسنة 1975 بأن " كل موظف عام حصل أو حاول أن يحصل لنفسه أو حصل أو حاول أن يحصل لغيره بدون حق على ربح أو منفعة من عمل من أعمال وظيفته يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة"

أ/ صورة الأخذ أو التلقي

يعبر مصطلحا الأخذ و التلقي على صورتى الاستفادة المباشرة التي يأخذ فيها الموظف بمبادرة منه الفائدة و صورة الإستفادة غير المباشرة التي يتلقى فيها الموظف الفائدة كون الفائدة تمر بوسيط أو بطريق غير مباشر و قد جمع المشرع المصري كلا المصطلحين في كلمة " الحصول " التي تفيد الأخذ و التلقي معا. ففي صورة الأخذ أو التلقي تظهر الجريمة بصورتها الوقتية¹، فهي تتم بمجرد حصول المتهم على فائدة من عمل يشرف عليه. و يعني ذلك أن لا عبرة بالمدة التي حصل فيها الجاني على المنافع التي ترتبت على فعله، سواء طالت هذه المدة أو قصرت، لأن إستمرار الجاني في الحصول على أرباح نتيجة لنشاط إجرامي وقع في لحظة محددة لا يغير من طبيعة الجريمة، التي تتم بمجرد النشاط الذي أدى إلى حصوله على الربح، و هو إتمام العملية قد يكون تاريخ إبرام صفقة أو تاريخ الأمر بالدفع أو تاريخ الأمر بالتصفية لصالح الموظف. و قد يأخذ الموظف عدة فوائد من عملية واحدة فتتجدد الجريمة في كل مرة و في هذه الحالة يحدث التعدد المادي للجريمة. فالقاضي ملزم بذكر الفائدة التي حصل عليها الموظف، و كل فائدة تكفي لوحدها لقيام الجريمة، فقد يستفيد الموظف من فائدة فوز مؤسسة هو شريك فيها بصفقة عمومية و في ذات الوقت تستفيد نفس الشركة من إعفاءات و ترخيصات تمنحها لها الإدارة كما قد تستفيد من أسعار مرتفعة، ففي هذا المثال لدينا تعدد جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية.

ب/ صورة الإحتفاظ

لقد أهملت صورة الإحتفاظ بالفائدة في النص العربي للمادة 35 من القانون 01/06 بينما تضمنها النص باللغة الفرنسية². و هي صورة تعبر عن حالة أقل إنتشارا من الحالتين السابقتين و قد اختلف الفقه في فرضيتي الإحتفاظ بالفائدة، فهناك من يراها تتمثل في كون الموظف كان في بداية الأمر له علاقات أعمال مع الإدارة ثم بعد تقلده للوظيفة

¹ Cass. Crim., 21 février 2001, n° 46 ; JCP G 2001, IV, 1949

² هامش رقم 1 ص. 95.

العامّة إستمر في علاقاته التجارية مع الإدارة مثل طبيب حالة مدنية إستمر في ممارسة عمله على مستوى البلدية بعد إنتخابه كرئيس لتلك البلدية¹. بينما يرى البعض الآخر أن تكون الفائدة المحتفظ بها قد تم الحصول عليها في الوقت الذي كان فيه الموظف يدير المقاوله أو العملية أو يشرف عليها أو مكافأ بالأمر بالدفع فيها أو مكافأ بالتصفية². و لعل الصورة الثانية لا تعبر عن حالة الإحتفاظ و هي حالة من حالات الحصول على الفائدة أما الإستمرار فهو يخص الإستفادة و ليس الحصول. فالركن المادي ليس هو الإحتفاظ بل هو الحصول أما الإحتفاظ فقد جاء بعد وقوع الفعل المجرم، بينما في الفرضية الأولى يتمثل الفعل المجرم في الإحتفاظ في حد ذاته لأن الموظف لم يحصل على الفائدة و هو متمتع بالصفة و إنما إحتفظ بها عندما توفرت فيه هذه الصفة. فالعبرة في تحديد صورة الفعل هي لحظة تحقق صفة الموظف العمومي.

نشير أخيرا إلى أن جريمة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية في صورة الاحتفاظ هي جريمة مستمرة تحسب مدة التقادم بالنسبة لها من تاريخ انتهاء حالة الاستمرار و ليس من يوم بداية حالة الاحتفاظ.

و أيا كانت صورة الإستفادة من الفائدة فإن المشرع قد أضاف إلى جانب هذه الصور وصفا للطرق المستعملة للحصول على الفائدة بينما لم يتناول عنصر النتيجة في الركن المادي، و من خلال هاتين النقطتين يتم من خلال العنوان الموالي دراسة طبيعة الجريمة من حيث ركنها المادي.

تصنيف الجريمة من حيث مادياتها

يقتضي الفهم الواضح لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية تحليل الطرق المستعملة لإرتكاب الفعل أولا ثم البحث في طبيعة النتيجة الضارة المشترطة في نص التجريم.

¹ Cass. Crim., 23 février 1988

² أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومة للنشر و التوزيع، 2006، الطبعة الثالثة، منقحة و متممة في ضوء قانون 20 فبراير 2006 المتعلق بالفساد، ص. 102.

وسائل ارتكاب الجريمة

تقوم الجريمة بكل فعل يكون من شأنه تحقيق الفائدة، سواء كان إيجابيا أو تمثل في موقف سلبي من الجاني يكون من شأنه أن يجعل له مصلحة في العمل الوظيفي. و يحدد قاضي الموضوع مدى كفاية سلوك الجاني لتحقيق الفائدة من العمل الوظيفي. و لا أهمية لنوع العمل الذي يستفيد منه الموظف، فقد يكون عملا تحضيريا أو تنفيذيا، نهائيا أو قابلا للمراجعة، بل إنه قد يكون استعمالا لسلطة تقديرية.

و قد تقع الجريمة بطريقة مباشرة و واضحة مثل قبض مبلغ من المال أو الحصول على أسهم في شركة أو كحالة رئيس البلدية الذي يتنازل عن أراضي تابعة للبلدية لفائدة شركة بناء يشغل فيها منصب مسير¹. كما قد تقع بأفعال غير مباشرة حين لا يتصرف الموظف بصفة واضحة بل يستعمل طرق ملتوية لإخفاء الجنحة².

و تقع الجريمة أيضا عن طريق تدخل شخص آخر و هو غالبا عضو من عائلة الموظف، و يعتبر هذا الشخص الذي يلعب دور إخفاء عملية التدخل بمثابة الشريك في الفعل لأنه قد سهل للفاعل ارتكاب الفعل من خلال تدخله في النشاط المجرم.

و أخيرا قد يتم ارتكاب الفعل عن طريق شركة يكون الموظف في الخفاء هو صاحبها المستتر و يكون لها مسيرا او رئيسا ظاهرا آخر.

من خلال ما سبق يتضح أن المشرع إختار عبارات عامة للدلالة على الركن المادي للجريمة فوصف طرق ارتكاب الفعل دون تحديدها فاسحا المجال أمام تفسير القاضي الجنائي الذي سيقدر بالنسبة لكل قضية تطبيقا للعبارات العامة المستعملة في نص التجريم.

¹ Cass. Crim., 13 février 1969 : Bull. Crim. 1969, n° 80.

² Cass. Crim., 7 octobre 1967, Bull. Crim. 1976, n° 285.

عدم اشتراط الضرر

تقوم جريمة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية بالنسبة للموظف بغض النظر عن الضرر الذي يمكن أن يتحقق من سلوك الموظف، فليس الضرر شرطا لقيامها¹ ، لأنها من جرائم الخطر على نزاهة الوظيفة العامة و حيادها. من أجل ذلك تتحقق الجريمة قانونا إذا ثبت أن الموظف قد تحصل على ربح مالي من عملية تدخل فيها أو تلقي حصصا أو أية مزايا أخرى مادية أو معنوية^{2 3} بمناسبة الفعل.

فتقوم الجريمة و لو لم يحصل الموظف إلا على ما كان سيحصل عليه شخص آخر يؤدي العمل ذاته لحساب الدولة⁴ ، بل إن الجريمة تقوم و لو كان الموظف قد حصل على ربح يقل عما سيحصل عليه الشخص الآخر، أو كان قد حقق خسارة من قيامه بالعمل لحساب الدولة، و هو ما يعني أن العمل قد عاد على مصلحة الدولة بالفائدة لأن الفكرة الأساسية في التجريم في هذه الصورة في الجريمة هي حظر أن يجمع الموظف بين رعاية مصلحتين، إحداها عامة و الأخرى خاصة، و بينهما تعارض غالب. فإن أي فعل يتحرى به الجاني نفعاً خاصاً عبر العمل العام الذي كلف به يكفي لتحقيق الجريمة. و لا يصلح دفاعاً على الموظف قوله أن ما حصل عليه من ربح أو منفعة يعادل، بل و يقل عما قدمه من مواد أو بذله من جهد.

يتضح مما سبق أن المشرع في هذه الجريمة يعاقب مجرد فعل تهديد المصلحة العامة و هو تهديد مفترض لمجرد وجود الجمع بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة عند الموظف العمومي. بل أكثر من ذلك، يجدر التساؤل عن مدى مشروعية هذا التجريم بالنسبة للحالات التي تتحقق فيها الفائدة للإدارة على حساب المصلحة الخاصة الشيء الذي يسمح بالتساؤل عما إذا لم يكن من الأصوب إضافة شرط الإضرار بالإدارة كعنصر من عناصر الجريمة.

¹ C.A Poitiers, 3 mai 1952 : D. 1952, jurispr. P. 501.

² Cass.crim 29/09/1999 ;Bull.Crim. n° 98 – 81796.

³ ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون العقوبات المصري : "... فيستوي أن يكون للمنفعة مظهر مالي أو إقتصادي أو أن تتحقق فائدة إعتبارية"، أنور العمروسي، أمجد العمروسي، جرائم الأموال العامة، المرجع السابق، ص.203، و يعتبر من قبيل الفائدة المعنوية الإستفادة من تخفيضات في السعر.

⁴ Ibid.

الجزء الثاني: الركن المعنوي

لا يختلف الركن المعنوي لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية عن الركن المعنوي في جريمتي الرشوة و استغلال النفوذ من حيث إكتفائه بتوفر القصد العام دون إشتراط قصد خاص و هذا ما سنتعرض له في الفقرتين التاليتين.

1/الإكتفاء بالقصد العام

تعتبر جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية جنحة عمدية، يتطلب بنيانها القانوني توافر القصد الجنائي لدى الفاعل بعنصره إرادة السلوك و العلم بكافة العناصر القانونية الداخلة في النموذج القانوني للجريمة. فالقصد المتطلب فيها هو القصد العام الذي يقوم على العلم و الإرادة.

فينصب العلم على صفة الجاني بإعتبارها ركنا في الجريمة، أي ينبغي على الجاني أن يكون على علم بأنه موظف عام، مختصا بالعمل الوظيفي الذي باشره. فجهل الجاني بتوافر صفة الموظف العام له وقت أن باشر العمل لحساب الدولة، أو جهله بأن العمل يدخل في نطاق إختصاصه الوظيفي، من شأنه أن ينفي القصد الجنائي لديه، لأنه جهل بالقواعد التي تحدد إختصاصه، أي بقواعد غير جنائية، فيقبل الإعتذار به. لكن القصد يتوافر إذا كان الجاني يجهل أن القانون يفرض عليه عدم الجمع بين المصلحتين العامة و الخاصة، و يحظر عليه بالتالي أن يقدم المصلحة الخاصة على العمل الوظيفي المكلف به. فهذا الواجب يفرضه قانون العقوبات ذاته، و من ثم يكون الجهل به غير ذي أثر في نفي القصد لدى المتهم.

فعلم الجاني ينصب على معرفته بأن العملية التي كلف بإدارتها أو بالإشراف عليها أو بالدفع فيها له مصلحة خاصة في إتمامها أي علمه بأنه في ذات الوقت يتصرف بإسم المصلحة العامة و بإسم المصلحة الخاصة. و كون الفائدة مفترضة لمجرد الجمع بين المصلحتين فلا حاجة لتخصيص أو أفراد الفائدة محل العلم. لأن الهدف من هذه الجريمة

هو حظر تحقيق المصلحة الخاصة مهما كانت مشروعة¹ لمجرد أنها ناتجة عن عملية يتولى فيها المستفيد من هذه المصلحة سلطة الإدارة أو الإشراف أو الدفع بصفته موظفا عموميا. فمتى ثبت وجود حالة الجمع بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة يفترض وجود الركن المعنوي و لا ينتفي إلا إذا ثبت قطعا إنعدام الصلة بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة.

و لا يشترط أن تكون إرادة الجاني قد إتجهت بصفة أساسية إلى الحصول على ربح أو منفعة من أداء العمل الوظيفي بل يكفي إرادة القيام بالعملية مع العلم بتوفر الجمع بين المصلحتين العامة و الخاصة و هذا ما يقودنا إلى الفقرة الموالية التي تتناول مسألة عدم إشتراط نية الغش أو الإضرار لدى الجاني.

2/عدم إشتراط سوء النية

ليست نية الغش أو الإضرار من عناصر القصد الجنائي في جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، و من ثم لا يلزم إتجاه إرادة الجاني إلى الإضرار بالدولة و لا يقبل منه الإحتجاج بأن ما حصل عليه من ربح كان مشروعا، لأن القانون يحظر عليه مجرد السعي إلى التربح من الوظيفة، يستوي أن يكون الربح مشروعا أو غير مشروع.

و قد تساءل الفقه الفرنسي في القرن 19 على طبيعة الركن المعنوي لجنحة أخذ الفوائد بصفة غير قانونية. و كان الرأي السائد آنذاك أن العقاب لا يكون إلا إذا ثبتت إرادة آثمة و رغبة تحقيق ربح غير مشروع² مستنديين في ذلك على أن الأعمال التحضيرية المتعلقة بالمادة 175 التي كانت تعاقب على الفعل كانت تتحدث عن خيانة الأمانة من قبل الموظف و هو الشيء الذي يفترض وجود قصد خاص، كذلك بالنظر إلى إستعمال أشخاص أخرى لإخفاء عملية الإستفادة و هي وسائل إحتيالية تفترض وجود

¹ Cass crim, 23/12/1952, Bull crim n° 324; 11/1/1956, Bull crim n° 39; 2/11/1961, Bull crim n° 438

² J.-A. Roux, note : S. 1989, 2, P. 273 ; J. Appleton, note : DP 1896, 2, p. 509.

سوء نية و في الأخير يستندون إلى أن قسوة العقوبة المقررة التي تفترض وجود فعل خطير¹.

أما موقف الفقه و القضاء الفرنسي الحاليين فلا يشترطان لقيام الركن المعنوي سوى أن يكون الفاعل على علم بأنه أخذ فائدة من عملية مكلف بمراقبتها حتى و إن لم تكن لديه رغبة في الإستفادة من وظيفته². و قد إعتبر بعض الفقهاء أن قيام الجريمة بغض النظر عن حسن أو سوء نية الفاعل يجعل منها جريمة مادية³ مستندين في ذلك لا سيما على ما اتجهت إليه محكمة النقض الفرنسية من إفتراض القصد و ترسيخ الخطأ المادي⁴ و القول بقيام الجريمة بمجرد مخالفة الموظف عمدا الحظر المنصوص عليه في النص الذي يقابل نص المادة 35 من القانون 01/06⁵.

من خلال ما سبق يتضح أن جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية تدخل في إطار تجريم عدم إحترام التدابير الوقائية لمكافحة الفساد. فهي جريمة وقائية لا ترتبط بشرط توفر الإرادة الآثمة و بالتالي فهي لا تصدر بالضرورة عن شخص عديم الإستقامة و النزاهة.

و بإعتبار توفر الصفتين العامة و الخاصة لدى الموظف العمومي مسألة خاضعة لرقابة القاضي الإداري حين تفحص شرعية التصرف فإن هذا يؤدي إلى الإختصاص المزدوج للقاضي الإداري و القاضي الجنائي بالنسبة لنفس الأفعال.

بعد ما تم استعراض ما بدا مهما في عناصر دراسة الأحكام الموضوعية لجرائم الفساد العامة التي قد تقع بمناسبة التعامل بالصفقات العمومية يتم التعرض في الفصل الموالي إلى الأحكام القمعية المتعلقة بها.

¹ André Vitu, *Prise illégale d'intérêt*, op. cit, n° 60.

² Cass. Crim., 15 décembre 1905 : Bull. crim. 1905, n° 554 – Cass. Crim., 23 décembre 1952 : Bull. crim. 1952, n° 324 – F. Hélie et J. Brouhot, *Pratique criminelle des cours et tribunaux*, t. II, Droit pénal : éd. Techniques, 5^{ème} édition., n° 213 – Robert Vouin, *Précis de droit pénal spécial* : Dalloz 1953, n° 410- R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial* par A. Vitu : Cujas 1982, t. 1, n° 383)

³ Cass. Crim., 18 février 1987 : Bull. crim. 1987, n° 80 ; Rev. sc. Crim. 1988, p. 83, obs. J.-P. Delmas-Saint-Hilaire

⁴ Crim 25/06/1996, Bull crim n° 273.

⁵ Cass crim 28/05/1957, Bull. crim n° 447

الفصل الثاني: الأحكام القمعية لجرائم الفساد العامة في مجال الصفقات العمومية

يقصد بالأحكام القمعية لجرائم الفساد تلك المتعلقة بالأحكام الإجرائية من جهة ثم تلك المتعلقة بالجزاء الجنائي من جهة أخرى، و كلاهما لا يقل أهمية عن الأحكام الموضوعية لجرائم الفساد التي تم التعرض لها في الفصل الأول، لأن الأحكام القمعية بنوعها السالفي الذكر تمثل الجانب التفعيلي للأحكام التجريبية، فالإحاطة بأركان جرائم الفساد العامة لا معنى له إذا لم يحدد القانون من جهة أنجع الوسائل للكشف عن مجرمي الفساد و من جهة أخرى إذا لم يوجد المشرع أنسب الجزاءات الجنائية لردع هؤلاء المجرمين. و نظرا لكون جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية لم تعد تقتصر على تلك المرتكبة في دولة معينة بل تعدت الحدود فأصبح يخطط لها و تنفذ أيضا على صعيد دولي، بات من الضروري أن يواجه المشرع هذا الإمتداد بإجراءات قمعية مناسبة له، فذلك سيتم تقسيم دراسة الفصل الحالي في كل من المبحث الأول الخاص بالأحكام الإجرائية و المبحث الثاني الخاص بالأحكام الجزائية على أساس الأحكام الداخلية من جهة و الأحكام الخارجية من جهة الأخرى.

المبحث الأول: مميزات الأحكام الإجرائية

يقصد بالأحكام الإجرائية مختلف الإجراءات التي تتخذ من يوم إكتشاف جرائم الفساد إلى غاية الفصل نهائيا في الدعاوى المتصلة بها، و إن كانت جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية تخضع بالدرجة الأولى إلى كافة الإجراءات العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، فقد خصها المشرع ببعض الأحكام الإجرائية المميزة سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي، لذلك سنتعرض في مطلب أول إلى الأحكام الإجرائية على الصعيد الداخلي ثم في مطلب ثاني إلى الأحكام الإجرائية على الصعيد الخارجي.

المطلب الأول: الأحكام الإجرائية على الصعيد الداخلي

ليس الغرض من هذا العنوان التعرض إلى كافة الإجراءات الجزائية التي تتبع في قضايا الفساد لأن أغلبها مشترك بين كافة الجرائم و إنما المراد هو إبراز خصوصية ملاحقة مجرمي الفساد سواء في مرحلة البحث و التحري أو أثناء سير الدعوى العمومية علما أن جرائم الفساد بصفة عامة تدخل في إطار عداد الجرائم التي أدرج المشرع بشأنها بعض الإستثناءات مثلا فيما يخص إجراءات تفتيش المساكن و مدد التوقيف للنظر و الحبس المؤقت، إلا أن هذه الدراسة سنقتصر على إبراز الإجراءات الخاصة بجرائم الفساد لا سيما فيما يتعلق بمرحلة البحث و التحري، فسيتم التعرض في الفرع الأول إلى خصوصية البحث و التحري في قضايا الفساد ثم في فرع ثاني إلى الخصوصية المستمدة من الدعوى العمومية.

الفرع الأول: خصوصية البحث و التحري في قضايا الفساد

تعتبر عملية البحث و التحري عن جرائم الفساد عملية أساسية في إطار التقصي عن هذه الجرائم، وهي في ذات الوقت عملية صعبة نظرا للطابع الخفي و السري لهذا النوع من الجرائم من جهة و نظرا للوظائف و المراكز الحساسة التي قد يشغلها مرتكبوها من جهة أخرى، و من ثمة لا يمكن أن توكل هذه المهمة إلا الأشخاص مؤهلين لذلك، فحتى و إن كان البحث و التحري في الجرائم ضد الأشخاص أو ضد أموال الأشخاص لا يستهان بأهميته فإنه يبقى أن البحث و التحري في قضايا الفساد يقتضي إيجاد نظام إجرائي فعال و متكامل لملاحقة المتهمين بجرائم الفساد و محاكمتهم و استرداد عوائد نشاطهم الإجرامي و قد تجسد هذا الإهتمام من جهة بإنشاء الديوان المركزي لقمع الفساد و من جهة أخرى بإستحداث إجراءات خاصة من حيث أساليب التحري الخاصة كاعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات و التقاط الصور، التسرب أو الاختراق، وهذا ما سنتعرض له فيما يلي.

الجزء الأول: جهاز البحث و التحري الخاص بجرائم الفساد

لم يكن القانون 01/06 ينص على جهاز خاص بالبحث و التحري في قضايا الفساد و إنما نص فقط على "الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته" في المواد من 17 إلى 24 منه وذلك تطبيقاً لما جاء في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي حثت في مادتها السادسة الدول على إيجاد مثل هذه الهيئة¹ ومن ضمن المهام الموكلة لها جمع ومركزة واستغلال كل المعلومات التي يمكن أن تساهم في الكشف عن الفساد والوقاية منه كما كفل القانون للهيئة حق تقديم طلبات لأي شخص طبيعي أو معنوي للإطلاع على الوثائق و المعلومات التي تراها مفيدة للكشف عن أفعال الفساد². وقد أكدت المادة 22 من القانون 01/06 على صلاحية الهيئة في البحث و التحري عن جرائم الفساد عندما نصت على أنه عندما تتوصل الهيئة إلى وقائع ذات وصف جزائي، تحول الملف إلى وزير العدل الذي يخطر النائب العام المختص بتحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء. و تكرر النص على هذا الإجراء مرتين في المرسوم التنفيذي 413/06 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006 المتعلق بتحديد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته و تنظيمها و كفاءات سيرها. مرة أولى بالنسبة لتحديد مهام رئيس الهيئة فجاء في المادة 9 ف 9 من المرسوم أن الرئيس هو من يقوم بتحويل الملفات التي تتضمن وقائع بإمكانها أن تشكل مخالفة جزائية إلى وزير العدل، قصد تحريك الدعوى العمومية عند الاقتضاء. و مرة ثانية بصدد تحديد مهام مجلس اليقظة و التقييم التابع للهيئة في المادة 11 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر. و الملاحظ أن المشرع حين نصه على تحويل الملفات إلى النيابة العامة حرص على إظهار الدور الإعلامي بوجود وقائع " يمكن أن تشكل جرائم فساد و ترك السلطة كاملة للنياحة العامة لتقرر ما إذا كان هناك مجال لتحريك الدعوى

¹ فهي هيئة مكلفة أساساً بتنفيذ الإستراتيجية الوطنية في مجال مكافحة الفساد. وهي سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي توضع لدى رئيس الجمهورية، وتتشكل من رئيس و 6 أعضاء يعملون ضمن ثلاث مجالس (مجلس اليقظة والتقييم، مديرية الوقاية والتحصين ثم مديرية التحليل)، يعينون بموجب مرسوم رئاسي لمدة 5 سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة.
² واعتبر كل رفض متعمد يشكل جريمة "إعاقة السير الحسن للعدالة" ويعرض صاحبه إلى عقوبة تتراوح من 6 أشهر إلى 5 سنوات حبس وغرامة من 50000 دج إلى 500000 دج. كما أجاز القانون 01/06 للهيئة المتخصصة الاستعانة بالنيابة العامة لجمع الأدلة و التحري في الوقائع ذات علاقة بالفساد إضافة إلى اضطلاعها بمهام التنسيق مع الهيئات الدولية لمكافحة الفساد.

العمومية. فدور الهيئة لا يتعدى أن يكون مجرد إبلاغ عن الجرائم و منه فإن المعلومات التي تجمعها الهيئة خاضعة لرقابة النيابة و تكييفها. ولعل هذا الدور المحدود للهيئة في مجال متابعة جرائم الفساد يبرر إنشاء الديوان المركزي لقمع الفساد، الذي يعتبر هيئة مكلفة خصيصا بمهمة البحث و التحري في مجال جرائم الفساد.

1/ إنشاء الديوان المركزي لقمع الفساد

نظرا لاعتبار مرحلة البحث و التحري مرحلة أساسية في جمع المعطيات و العناصر التي تمكن النيابة من ممارسة خاصة الملاءمة في تحريك الدعوى العمومية و نظرا لما لقضايا الفساد من أهمية و من خطورة فقد أنشأ المشرع بموجب الأمر 05/10 المؤرخ في 26 أوت 2010 المتمم للقانون 01/06 جهازا خاصا بالبحث و التحري في قضايا الفساد و هو الديوان المركزي لقمع الفساد كما حددته المادة 24 مكرر من هذا القانون، إذ يعتبر هذا الديوان مصلحة مركزية "عملية" « operationnel » للشرطة القضائية يوضع لدى الوزير المكلف بالمالية ويتمتع بالاستقلالية في عمله و تسييره حسبما أوضحه المشرع من خلال المادتين 2 و 3 من المرسوم الرئاسي 426/11 المؤرخ في 2011/12/8 المحدد لتشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد و تنظيمه و كفاءات سيره. كما جاء في المادة 6 من هذا المرسوم أن الديوان يتشكل من ضباط و أعوان الشرطة القضائية التابعين لوزارة الدفاع و كذلك ضباط و أعوان الشرطة القضائية التابعين لوزارة الداخلية و الجماعات المحلية بالإضافة إلى أعوان عموميين ذوي كفاءات أكيدة في مجال مكافحة الفساد وكذا مستخدمون للدعم التقني والإداري. كما نص المرسوم على خضوع ضباط و أعوان الشرطة القضائية الذين يمارسون مهامهم في الديوان إلى الأحكام التشريعية والتنظيمية والقانونية الأساسية المطبقة عليهم وأن عددهم يحدد بموجب قرار مشترك بين وزير المالية والوزير المعني والذي نقصد به هنا وزير الدفاع أو الداخلية حسب الحالة.

ومن خلال استقرار تشكيلة هذا الديوان نلاحظ أن هذا الأخير هو مصلحة خالصة للشرطة القضائية باستثناء مستخدمي الدعم التقني والإداري أو الأعوان العموميين الذين لهم من الكفاءة في هذا المجال ما يؤهلهم لكي يكونوا أعضاء في هذا الديوان. والواقع أن هذا كله يعبر عن الثقة الممنوحة لجهاز الشرطة القضائية في هذا المجال والتي لا يمكن اكتسابها إلا بعد الجهود التي يبذلها والنتائج التي يحققها في مكافحة الجرائم، والتي خولته أن يمتلك ديوانا خاصا به ومتخصصا في جرائم الفساد¹.

2/ اختصاصات الديوان المركزي لقمع الفساد

من أجل ضمان أداء فعال لأعضاء الشرطة القضائية التابعين للديوان المركزي لقمع الفساد نص المشرع من خلال المرسوم 05-10 المتعلق بإنشاء الديوان في المادة 24 مكرر 1 المضافة للقانون 01/06 على أنه "تخضع الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون لاختصاص الجهات القضائية ذات الاختصاص الموسع وفقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية"، وبالتالي تمديد الاختصاص المحلي في هذا المجال إلى كامل التراب الوطني على غرار الاختصاص المحلي المقرر للشرطة القضائية طبقا للمادة 16 من قانون الإجراءات الجزائية في إطار البحث و التحري في جرائم المخدرات و الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية و الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف ويتعين في كل هذه الحالات إعلام وكيل الجمهورية لدى المحكمة مسبقا بعمليات الشرطة القضائية التي تجري في دائرة اختصاصه .

أما فيما يخص الاختصاص النوعي للديوان فقد أوكل له المشرع من خلال المرسوم 11-426 في مادته 05 جمع كل معلومة تسمح بالكشف عن أفعال الفساد و مكافحتها و مركزة ذلك و استغلاله و كذلك جمع الأدلة و القيام بتحقيقات في وقائع

¹ و قد ذكرت الصحف بناء على ما أعلنه الوزير الأول عبد المالك سلال أنه تقرر تدعيم الديوان بضباط في الشرطة القضائية مختصين في مكافحة الفساد تلقوا تكوينا في الخارج مكنهم من بلوغ مستويات عليا في التحكم في تقنيات مكافحة الفساد و الجرائم الإقتصادية المختلفة، جريدة الشروق، 2012/10/4، ص.4.

الفساد و إحالة مرتكبيها للمثول أمام الجهة القضائية المختصة بالإضافة إلى مهام تطوير التعاون مع هيئات مكافحة الفساد و تبادل المعلومات بمناسبة التحقيقات الجارية و أخيرا اقتراح كل إجراء من شأنه المحافظة على حسن سير التحريات التي يتولاها على السلطات المختصة. كما مكن هذا المرسوم من خلال مادته 20 ضباط وأعوان الشرطة القضائية التابعين للديوان من استعمال كل الوسائل المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول من أجل استجماع المعلومات المتصلة بمهامهم, كما مكنهم من الاستعانة بضباط أو أعوان الشرطة القضائية التابعين لمصالح الشرطة القضائية الأخرى الأمر الذي يدعونا للبحث في العلاقة الموجودة بين الديوان و مصالح الضبطية القضائية الأخرى. لكن قبل ذلك يجدر بنا إختتام هذا العنوان بالتساؤل عن طبيعة العلاقة الموجودة بين هذا الديوان و النيابة العامة بالنظر إلى أن الديوان ليس سلطة متابعة و لا يملك التصرف في ملفات التحقيق الأولي الذي يجريه بشأن وقائع تشكل جرائم فساد بل يسلمها إلى النيابة العامة التي تتخذ ما تراه مناسباً من إجراءات بشأنها فتحرك الدعوى العمومية أو تحفظ الأوراق كما تسمح لها خاصية الملاءمة بذلك و هذا هو الوضع بالنسبة لكافة الملفات التي تصل إلى النيابة من قبل مختلف مصالح الضبطية القضائية الأخرى، فأين هي خصوصية و حجية أعمال الديوان إذا ما أجمع على وجود وقائع تشكل جريمة فساد؟

3/ علاقة الديوان بالضبطية القضائية

من خلال ما سبق ذكره نلاحظ أن الديوان المركزي لقمع الفساد ليس جهازاً إستثنائياً في مجال البحث و التحري في وقائع الفساد بل هو جهة أخرى تتولى هذه المهمة إلى جانب مصالح الشرطة القضائية الأخرى و هذا ما يستنتج من أحكام المادة 21 من المرسوم الرئاسي 426/11 التي نصت على وجوب التعاون بين ضباط و أعوان الشرطة القضائية التابعين للديوان و مصالح الشرطة القضائية الأخرى عندما يشاركون في نفس التحقيق، و لم تمنح نفس المادة أية أولوية للأعضاء التابعين للديوان كما أن المادة 19 من نفس المرسوم قد حددت إطار عمل أعضاء الديوان بالقواعد القانونية المنصوص

عليها في قانون الإجراءات الجزائية و قانون مكافحة الفساد و لم تخصصهم بإجراءات متميزة عن تلك المخولة لمصالح الشرطة القضائية الأخرى، بل الديوان مؤهل عند الضرورة بالاستعانة بمساهمة بأعضاء مصالح الشرطة القضائية الأخرى. هذا و قد جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 20 من المرسوم أنه يتعين في كل الحالات إعلام وكيل الجمهورية لدى المحكمة مسبقا بعمليات الشرطة القضائية التي تجري في دائرة اختصاصه. يستخلص مما سبق أن الخصوصية الوحيدة لهذا الديوان هو أن مديره يعين بمرسوم رئاسي و أن وظائف المدير العام للديوان و كذا رئيسه و مديري الدراسات و المديرين و نواب المديرين تعتبر وظائف عليا في الدولة و تصنف و تدفع مرتباتها استنادا إلى هذا التصنيف، أما من حيث مهام و صلاحيات هذا الديوان فإنها لا تختلف عن صلاحيات مصالح الشرطة القضائية الأخرى و بالتالي يطرح التساؤل حول الجودة من إنشاء هذا الديوان لاسيما و أنه يعمل بصفة موازية لمصالح الشرطة القضائية الأخرى.

الجزء الثاني : الخصوصية من حيث أساليب التحري الخاصة

لقد نص القانون 01/06 في المادة 56 منه على أنه من أجل تسهيل جمع الأدلة المتعلقة بجرائم الفساد يمكن اللجوء إلى التسليم المراقب أو إتباع أساليب تحري خاصة كالترصد الإلكتروني و الاختراق، كما نصت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في مادتها 50 على أساليب التحري الخاصة في مجال قضايا الفساد و التي حددتها بالتسليم المراقب و الترخد الإلكتروني و غيره من أشكال الترخد و العمليات السرية¹. و بالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية نجده أصبح ينص على أساليب تحري خاصة بحيث أن التعديل الذي لحق به بموجب القانون 22/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 قد أدمج فصلين في الباب الثاني من الكتاب الأول الخاص بالتحقيقات، الفصل الرابع بعنوان اعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات و التقاط الصور و الفصل الخامس بعنوان

¹ كذلك إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية في مادتها 20

التسرب، أما إجراء التسليم المراقب¹ فبالرغم من نص المشرع عليه في المادة 56 من القانون 01/06 السالفة الذكر و بالرغم من نص إتفاقيتي الأمم المتحدة المتعلقة بالجريمة العابرة للحدود و بجرائم الفساد على هذا الإجراء إلا أن المشرع لم ينص عليه في قانون الإجراءات الجزائية عكس ما فعل بالنسبة لإجراءات إعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات و إنتقاط الصور و إجراء التسرب و التي خصص لها فصولا كاملة و بالتالي ستقتصر الدراسة الحالية على هذه الإجراءات² الأخيرة دون إجراء التسليم المراقب.

1/ إعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات و التقاط الصور

لقد أجاز المشرع القيام بإعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات و التقاط الصور و ذلك لمقتضيات التحري في الجرائم المتلبس بها و في التحقيق الابتدائي في جرائم الفساد بإعتبارها إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية³. فالمشرع قد ذكر لأول مرة جرائم الفساد في قانون الإجراءات الجزائية بصدد إجراء إعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات و إنتقاط الصور، و هذا ما تؤكدته المادة 56 من القانون 01/06 المتعلق بمكافحة الفساد. فقد جعل المشرع الجزائي هذا الاجراء من أهم الاجراءات المستحدثة بموجب القانون 06-22 المعدل والمتمم لقانون الاجراءات الجزائية والذي يمكن بموجبه لضباط الشرطة القضائية إنتقاط المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية، ووضع ترتيبات تقنية دون موافقة المعنيين تتمثل في ميكروفونات حساسة تستطيع التقاط الصور وتثبيت وتسجيل الكلام بصفة خاصة وسرية ، من طرف شخص أو عدة أشخاص في أماكن عامة وخاصة. و يعتبر هذا الإجراء من الإجراءات الخطيرة الماسة بالحياة الخاصة لما فيه من جهة من إطلاع على مراسلات الفرد مخالفة للحق الدستوري في سرية المراسلات و الإتصالات

¹ تعرفه المادة 2 من القانون 01/06 على أنه الإجراء الذي يسمح لشاحنات غير مشروعة أو مشبوهة بالخروج من الإقليم الوطني أو المرور عبره أو الدخول بعلم السلطات المختصة وتحت مراقبتها ، بغية التحري عن جرم ما وكشف هوية الأشخاص الضالعين في ارتكابه.

² نشير إلى أن هذه الإجراءات ليست قاصرة على مرحلة البحث و التحري و إنما تتخذ أيضا في مرحلة التحقيق القضائي.

³ المتمثلة في جرائم المخدرات أو الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بانظمة المعالجة الآلية للمعطيات أو جرائم تبييض الأموال أو الإرهاب أو الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصراف و كذلك جرائم الفساد

الخاصة بكل أشكالها المنصوص عليه في المادة 39 من الدستور و من جهة أخرى لما فيه من انتهاك لحق حرمة المسكن المكفول دستوريا من خلال نص المادة 40 من الدستور. فالمشرع أجاز في المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية الدخول إلى المحلات السكنية في أي ساعة من ساعات الليل و النهار دون علم صاحبها من أجل وضع الترتيبات التقنية الرامية إلى التقاط و بث و تسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة أو سرية من طرف شخص أو عدة أشخاص و كذلك إلتقاط صور لأشخاص متواجدين في المكان الخاص.

و بالرغم من أن المشرع جعل هذه الإجراءات¹ تتخذ بشأن الجرائم المتلبس بها في مرحلة البحث و التحري بإذن و تحت المراقبة المباشرة لوكيل الجمهورية المختص أو بإذن و تحت مراقبة قاضي التحقيق في مرحلة التحقيق القضائي، إلا أنه لم يحدد من هم الأشخاص الذين يجوز إتخاذ هذه الإجراءات ضدهم، كأن يكون في مرحلة البحث و التحري هو الشخص المشتبه فيه أو شخص يشتبه في حيازته لما يفيد في إظهار الحقيقة، أو يكون في مرحلة التحقيق القضائي متهما أو شخصا مخفيا أو حائزا لمعطيات تفيد أيضا في إظهار الحقيقة. فالقيود الوحيدة التي نص عليها المشرع هي قيود شكلية تخص ضرورة وجود إذن بالإجراء سواء صادر عن وكيل الجمهورية أو عن قاضي التحقيق. أما محتوى هذا الإذن فإن المشرع لم يؤكد في المادة 65 مكرر 7 سوى على ذكر العناصر التي تسمح بالتعرف على الإتصالات المطلوب إلتقاطها و الأماكن المقصودة سكنية أو غيرها و الجريمة التي تبرر اللجوء إلى هذه التدابير و مدتها. أما عن صفة الشخص صاحب المحل أو صاحب المراسلات فلم يذكرها القانون. فقد خالف مشرع الإجراءات الجزائية منهجه فيما يخص اشتراطه في تبرير كل الإجراءات التي تتخذ ضد الأشخاص و التي يكون فيها مساسا بحقوقهم أن تظهر صفة من سيجرى الإجراء ضده كما هو الشأن بالنسبة لإجراء تفتيش المساكن². لان الإجراءات الخطيرة كأصل عام تتخذ ضد المشتبه فيهم بارتكاب الجريمة أو المساهمة فيها بشكل أو بآخر و كذلك المتهمين أو

¹ لم تنص المادة 65 مكرر 5 على مرحلة التحقيق القضائي بل إقتصرت على مرحلة البحث و التحري و التحقيق الأولي.
² ذكرت المادة 45 من قانون الإجراءات الجزائية الأشخاص الذين يتم تفتيش مساكنهم بأنهم الأشخاص الذين يشتبه في مساهمتهم في ارتكاب الجناية و الأشخاص الذين يشتبه بأنهم يحوزون أوراقا أو أشياء لها علاقة بالأفعال الإجرامية.

من يحوز أدلة تخص الجريمة. أما في إجراء اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات و التقاط الصور فللسلطة الأذنة أو المنبية حرية مطلقة في إتخاذ الإجراء ضد أي كان، كما لم يبين لنا المشرع مدة الاحتفاظ بهذه التسجيلات بعدما يتكفل العون المؤهل لدى مصلحة أو وحدة أو هيئة عمومية أو خاصة مكلفة بالمواصلات السلوكية و اللاسلوكية بالجوانب التقنية وعمليات التسجيل الصوتي المذكورة آنفا .

و الجدير بالملاحظة بالنسبة لجرائم الفساد عموما و جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية خصوصا هو أنها جرائم أغلبها يقع داخل الإدارات العمومية و ليس في المساكن الخاصة، و المشرع قد أجاز إتخاذ إجراء اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات و التقاط الصور في الأماكن الخاصة و العمومية و لم يذكر الإدارات العمومية صراحة لكن لا مانع من اعتبار هذه الأخيرة من ضمن الأماكن العمومية المذكورة.

2/ التسرب أو الإختراق

لقد أجاز المشرع اللجوء إلى عملية " التسرب " - أو " الإختراق " كما سماها قانون مكافحة الفساد- في مادته 65 مكرر 11 المضافة بالقانون 06-22، عندما تقتضي ضرورات التحري و التحقيق في الجرائم التي ذكرت في المادة 65 مكرر¹ مع إختلاف أن المشرع بالنسبة لإجراء اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات و التقاط الصور قد أجازها أيضا في الجرائم المتلبس بها بينما لم يجز القيام بالتسرب في هذه الحالة الأخيرة بل يقتصر إستعماله في مرحلة التحقيق القضائي. و يقصد بالتسرب وفق المادة 65 مكرر 12 قيام ضابط أو عون الشرطة القضائية، تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية، بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جناية أو جنحة إيهامهم أنه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف. فيسمح لهذا الضابط أو العون بإستعمال هوية مستعارة و يرتكب عند الضرورة جرائم حدتها المادة 65 مكرر 14 من قانون الإجراءات الجزائية و التي تتمثل في:

¹ أنظر الهامش 4 من الصفحة 109.

- إقتناء أو حيازة أو نقل أو تسليم أو إعطاء مواد أو أموال أو منتجات أو وثائق أو معلومات متحصل عليها من ارتكاب الجرائم أو مستعملة في ارتكابها.

- إستعمال أو وضع تحت تصرف مرتكبي هذه الجرائم الوسائل ذات الطابع القانوني

أو المالي و كذا وسائل النقل أو التخزين أو الإيواء أو الحفظ أو الإتصال.

فالملاحظ أن المشرع قد حدد الأشخاص الذين يتخذ ضدهم إجراء التسرب بأنهم الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جناية أو جنحة و لم يترك المجال مفتوحا كما فعله بالنسبة لإجراء إعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات و إلتقاط الصور. لكن في ذات الوقت لم ينص على إتخاذ الإجراء ضد المتهمين مما يسلط اللبس على مدى جواز الإذن بإجراء التسرب في مرحلة التحقيق الإبتدائي لا سيما و أن المشرع في المادة 65 مكرر 11 قد ذكر " التحري و التحقيق " دون توضيح هل المقصود هو التحقيق الأولي أو التحقيق القضائي. لكن بالرجوع إلى النص باللغة الفرنسية فإنه قد إستعمل مصطلح "instruction" أي التحقيق القضائي و ليس "enquête" أي التحقيق الأولي. مما يفيد أن التسرب يؤذن به أيضا في مرحلة التحقيق القضائي.

و بعد التعرض لخصوصية البحث و التحري في قضايا الفساد يتناول الفرع الثانية خصوصية بعض الإجراءات المتعلقة بسير الدعوى العمومية.

الفرع الثاني: الخصوصية المستمدة من الدعوى العمومية

تجمع تعريفات الدعوى العمومية على أن الغاية منها هي المطالبة بتوقيع الجزاء على المجرم بواسطة السلطات القضائية المختصة على ما أتاه من فعل أو أفعال يجرمها القانون¹ و قد نظم المشرع إجراءات سيرها و الأجهزة المكلفة بمباشرتها و بالنظر فيها في قانون الإجراءات الجزائية، و تتميز الدعوى العمومية الناشئة عن جرائم الفساد عن تلك الناشئة عن الجرائم الأخرى بأحكام خاصة مثلها في ذلك مثل الجرائم المنصوص عليها صراحة في المادة 65 مكرر 5 من قانون العقوبات، حيث أسند المشرع إختصاص

¹ د. عبد الله أوهايب، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، التحري و التحقيق، دار هومة، 2008، ص.48.

متابعتها و النظر فيها لجهات قضائية ذات إختصاص موسع، كما هو الشأن أيضا بالنسبة لأحكام إنقضاء الدعوى العمومية الناشئة عنها ، لكن يبقى أنه من المفيد التعرض في الجزء الأول من هذا الفرع إلى الأجهزة القضائية المكلفة بمباشرة الدعوى العمومية و تلك المكلفة بالبت فيها، على أن يكون التعرض لهذه الأجهزة من زاوية ما تتميز به من صلاحيات خاصة بجرائم الفساد و ما في حكمها. أما الجزء الثاني فسيتناول أولا النظر في مدى خصوصية تحريك الدعوى العمومية في جرائم الفساد المتعلقة بالصفقات العمومية و كذلك من له الحق في التأسيس كطرف مدني و أخيرا الأحكام الخاصة بإنقضاء الدعوى العمومية عن طريق التقادم.

الجزء الأول: الأجهزة القضائية المكلفة بالدعوى العمومية في قضايا الفساد

إن كان القضاء الجزائي قد طبق أصلا في مرحلة المحاكمة التقسيم الثلاثي للجرائم، بحيث يختص فرع المخالفات بالنظر في الجرائم المكيفة على أنها مخالفات و يختص فرع الجرح بالنظر في الجرائم المكيفة على أنها جرح و تنظر محكمة الجنايات في الجرائم المكيفة جنائيات، فإنه على مستوى المتابعة و التحقيق لم يعتمد كأصل عام نفس المعيار، بل جعل النيابة تختص بمباشرة الدعاوى العمومية الناشئة عن كل الجرائم كما جعل قاضي التحقيق يختص في التحقيق في كل الجرائم¹، لكن مع تطور أساليب الجريمة بات من الضروري إيجاد قضاء جزائي متخصص و من ثمة جاءت فكرة إنشاء الأقطاب الجزائية المتخصصة، و قد إنتهج المشرع طريقة توسيع الإختصاص المحلي لبعض المحاكم المذكورة على سبيل الحصر مكلفا إياها على الخصوص بنوع معين من الجرائم و هي جرائم المخدرات و الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية و الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات و جرائم تبييض الأموال و الإرهاب و الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف². و بإعتبار جرائم الفساد من قبل عدد الجرائم المنظمة عبر

¹ بغض النظر على قضايا الأحداث أو الجرائم الخاضعة للقضاء العسكري.

² أضاف القانون 04-14 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجزائية فقرات للمواد 37 و 40 و 329 المتضمنة على التوالي معايير الإختصاص المحلي بالنسبة لوكيل الجمهورية و بالنسبة لقاض التحقيق و أخيرا بالنسبة لجهة الحكم.

الحدود الوطنية وفق ما جاء في إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المصادق عليها من قبل الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-55 المؤرخ في 5 فبراير 2002 التي نصت في مادتها الثامنة على تجريم الفساد بعد أن إعتبرته في المادة 3 من الجرائم التي تنطبق عليها الإتفاقية. و هذا ما تؤكدته المادة : 24 مكرر 1 من القانون 06-01 المعدل و المتمم بموجب الأمر 10-05 المؤرخ في 26 أوت 2010، التي جاء فيها أنه تخضع الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون لإختصاص الجهات القضائية ذات الإختصاص الموسع وفقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية. و بالتالي فإن جرائم الفساد رغم عدم النص عليها بصفة إسمية في تعديل قانون الإجراءات الجزائية الذي حصل بموجب القانون 14/04²¹ الذي بموجبه تم إنشاء الجهات القضائية ذات الإختصاص الموسع إلا أنها تخضع لقواعد الإختصاص المحلي الموسع و هذا ما سنتعرض له فيما يلي.

1/ تمديد الإختصاص المحلي للنيابة

لقد تضمنت المادة 37 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات الجزائية أحكاما خاصة بتوسيع الإختصاص المحلي لوكيل الجمهورية بالنسبة لجرائم الفساد بنصها على أنه يجوز تمديد الإختصاص المحلي لوكيل الجمهورية إلى دائرة إختصاص محاكم أخرى، عن طريق التنظيم، في جرائم المخدرات و الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية و الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات و جرائم تبييض الأموال و الإرهاب و الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف.

و يعتبر هذا خروجاً عن الأصل في قواعد الإختصاص الإقليمي لوكيل الجمهورية المحددة في الفقرة الأولى من المادة 37 المتمثلة في مكان وقوع الجريمة و محل إقامة أحد الأشخاص المشتبه في مساهمتهم فيها أو المكان الذي تم في دائرته القبض على أحد

¹ القانون 04-14 المؤرخ في 10/11/2004 المعدل و المتمم للأمر 66/155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 و المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، جريدة رسمية رقم 71.
² يعود السبب ربما لعدم صدور القانون 06/01 حين صدور هذا القانون.

هؤلاء الأشخاص حتى و لو حصل هذا القبض لسبب آخر. و قد مدد المرسوم التنفيذي رقم 06-348 المؤرخ في 5 أكتوبر 2006 الإختصاص المحلي لكل من وكلاء الجمهورية لمحكمة سيدي امحمد و محكمة قسنطينة و محكمة ورقلة و محكمة وهران، إلى محاكم عدد من المجالس القضائية¹.

و نفس التمديد يمكن إستنتاجه بالنسبة للنائب العام الذي يتبع له وكيل الجمهورية الممد إختصاصه الإقليمي بموجب المرسوم التنفيذي 06-348 السالف الذكر. إذ أنه من الطبيعي أن يشمل إختصاصه المحلي دائرة إختصاص كافة المجالس التي ألحقت بإختصاص وكيل الجمهورية التابع له، و هذا بخلاف ما تنص عليه المادة 33 من قانون الإجراءات الجزائية التي تحدد الإختصاص الإقليمي للنيابة العامة على مختلف درجاتها وفق الدائرة الإقليمية للجهة القضائية التي عين فيها عضو النيابة.

و قد أوضحت المادة 40 مكرر 1 كيفية وصول الملف إلى النائب العام لدى المجلس القضائي التابعة له المحكمة المختصة في حالة انعقاد الإختصاص المحلي لمحكمة غير المحكمة الخاصة و ذلك وفقا لقواعد الإختصاص العادية. إذ أن ضباط الشرطة القضائية يخبرون وكيل الجمهورية لدى المحكمة الكائن بها مكان الجريمة و يبلغونه بأصل و بنسختين من إجراءات التحقيق، و يرسل هو فورا النسخة الثانية إلى النائب العام لدى المجلس القضائي التابعة له المحكمة المختصة. أما إن لم يرسل وكيل الجمهورية تلقائيا الملف فإن النائب العام يطالب بالإجراءات فورا متى إعتبر أن الجريمة تدخل ضمن إختصاص المحكمة المختصة، مع الملاحظة أن صلاحيات النائب العام في المطالبة بالإجراءات لا تقتصر على مرحلة التحقيق الأولي و إنما تشمل جميع مراحل الدعوى كما وضحت المادة 40 مكرر 3. و نشير إلى أن هذه المادة إقتضت على النص على حالة

¹ - تمديد الإختصاص المحلي لوكيل الجمهورية لدى محكمة سيدي امحمد إلى المحاكم التابعة للمجالس التالية: الجزائر - الشلف - الأغواط - البليدة - البويرة - تيزي وزو - الجلفة - المدية - المسيلة - بومرداس - تيبازة - عين الدفلة.
- تمديد الإختصاص المحلي لوكيل الجمهورية لدى محكمة قسنطينة إلى المحاكم التابعة للمجالس التالية: قسنطينة - أم البواقي - باتنة - بجاية - بسكرة - تبسة - جيجل - سطيف - سكيكدة - عنابة - قالمة - برج بوعريبيج - الطارف الوادي - خنشلة - سوق أهراس - ميلة.
- تمديد الإختصاص المحلي لوكيل الجمهورية لدى محكمة ورقلة إلى المحاكم التابعة للمجالس التالية: ورقلة - أدرار - تامنغست - إيليزي - تندوف - غرداية.
تمديد الإختصاص المحلي لوكيل الجمهورية لدى محكمة وهران إلى المحاكم التابعة للمجالس التالية: وهران - بشار - تلمسان - تيارت - سعيدة - سيدي بلعباس - مستغانم - معسكر - البيض - تيسمسيلت - النعامة - عين تيموشنت - غليزان.

إنعقاد الإختصاص المحلي على أساس مكان وقوع الجريمة و لم تتعرض لحالتي محل إقامة أحد الأشخاص المشتبه في مساهمتهم فيها أو المكان الذي تم في دائرته القبض على أحد هؤلاء الأشخاص حتى و لو حصل هذا القبض لسبب آخر، الأمر الذي يجعل النص غير قابل للتطبيق في هاتين الحالتين و تمسكا بالشرعية الإجرائية يبقى التساؤل مطروحا بالنسبة لإجراءات إحالة الملف إلى النائب العام لدى المجلس القضائي التابعة له المحكمة المختصة.

2/ تمديد الإختصاص المحلي لقاضي التحقيق

يعتبر التحقيق في جرائم الفساد من الحالات التي أجاز فيها المشرع تمديد الإختصاص الإقليمي لقاضي التحقيق و هذا ما تنص عليه صراحة المادة 24 مكرر 1 من القانون 06-01 المتعلق بمكافحة الفساد، علما أنه سبق ذكر تمديد هذا الإختصاص في تعديل المادة 40¹ من قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون 04-14 السالف الذكر.

و قد حددت المواد 2 و 3 و 4 و 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-348 المؤرخ في 5 أكتوبر 2006 المتضمن تمديد الإختصاص المحلي لبعض المحاكم و وكلاء الجمهورية و قضاة التحقيق مجال هذا التمديد بالنسبة لقضاة تحقيق محكمة سيدي امحمد و محكمة قسنطينة و محكمة ورقلة و محكمة وهران على النحو السالف الذكر بالنسبة لتمديد الإختصاص المحلي لوكلاء الجمهورية.

و تعتبر قواعد توسيع الإختصاص المحلي لقاضي التحقيق بالنسبة لجرائم الفساد خروجاً عن القواعد العامة للإختصاص المحلي لقاضي التحقيق التي نصت عليها المادة 40 من قانون الإجراءات الجزائية والتي تتمثل حالاتها في مكان وقوع الجريمة أو محل إقامة أحد الأشخاص المشتبه في مساهمتهم في إقترافها أو بمحل القبض على أحد هؤلاء الأشخاص حتى و لو كان هذا القبض قد حصل لسبب آخر.

¹ أنظر المادة 40 من قانون الإجراءات الجزائية

و نشير إلى أنه بالإضافة إلى تحديد نطاق تمديد الإختصاص المحلي لقاضي التحقيق، فإنه بالرجوع إلى أحكام المادة 47 من قانون الإجراءات الجزائية، يلاحظ أن الإختصاص المحلي لقاضي التحقيق قد يفوق مجال التمديد المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 06-348 المؤرخ في 5 أكتوبر 2006 ليصل إلى إختصاص وطني و ذلك بالنسبة للقيام بعمليات التفتيش أو الحجز اثناء التحقيق في جرائم المخدرات و الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية و الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات و جرائم تبييض الأموال و الإرهاب و الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف.

فإن حدث أن فتح تحقيق قضائي في جرائم الفساد من قبل قاضي تحقيق مختص وفق المعايير الأصلية للإختصاص فإن عليه أن يصدر أمرا بالتخلي عن الإجراءات لفائدة قاضي التحقيق لدى المحكمة المختصة ذات الإختصاص الموسع. و يتصور أن هذه الحالة لا ينبغي أن تقع لأن قاضي التحقيق يفترض فيه أن ينظر في مدى إختصاصه قبل فتح التحقيق. و قد وضحت المادة 77 من قانون الإجراءات الجزائية بالنسبة للإدعاء المدني لدى قاضي التحقيق، أنه في حالة عدم إختصاص قاضي التحقيق فإنه يصدر بعد سماع طلبات النيابة العامة أمرا بإحالة المدعي المدني إلى الجهة القضائية التي يراها مختصة بقبول الإدعاء المدني. أما إن كانت المبادرة لقاضي التحقيق قد وقعت بموجب طلب إفتتاحي مقدم من قبل وكيل الجمهورية، فإن قاضي التحقيق يصدر أمرا بعدم الإختصاص و لا يمكنه أن يصدر الأمر بالتخلي المنصوص عليه في المادة 40 مكرر 3 لأن هذا الأخير يخص حالة فتح التحقيق. و بالتالي فإنه يبدو أن الأمر بالتخلي يكون على إثر فتح تحقيق حول وقائع لم تكيف على أنها من الجرائم الخاصة ثم ظهر فيما بعد أنها منها، أو في حالة القضايا التي شرع التحقيق فيها قبل نفاذ الأحكام الخاصة للإختصاص. على أية حال فإن قاضي التحقيق ملزم بالتخلي عن التحقيق في الجرائم الخاصة و لا يمكنه أن يتمسك بإختصاصه، باعتبار أن قواعد الإختصاص في المادة الجزائية من النظام العام. و لم يوضح القانون إذا ما كان هذا التخلي يكون على إثر مطالبة النائب العام بالإجراءات أم أنه تخل تلقائي بمجرد ملاحظة عدم الإختصاص. ففي حالة تقديم الطلب بالتخلي من

قبل النيابة فإنه يحتمل أن يرفض قاضي التحقيق التخلي إذا إعتبر أن الوقائع لا تشكل جريمة من الجرائم الخاضعة للمحاكم المختصة. و بالتالي يجوز في هذه الحالة أن تستأنف النيابة أمر رفض التخلي إستنادا لأحكام المادتين 170 و 171 من قانون الإجراءات الجزائية. فمسألة التخلي عن الإختصاص و كيفية إحالة الملف على الجهة المختصة تتطلب تفصيلا و توضيحا أكثر.

3/ تمديد الإختصاص المحلي للمحاكم

لقد حضيت مرحلة المحاكمة مثلها مثل مرحلتي التحقيق الأولي و التحقيق القضائي بإدخال إستثناء على معايير الإختصاص المحلي لمحكمة الجناح المنصوص عليها في المادة 329 من قانون الإجراءات الجزائية و المتمثلة في محل الجريمة أو محل إقامة أحد المتهمين أو شركائهم أو محل القبض عليهم و لو كان هذا القبض قد وقع لسبب آخر. فقد نصت المادة 8 من القانون 04-14 على تعديل وإتمام المادة 329 المشار إليها بإضافة فقرة ثانية تنص على أنه: "يجوز تمديد الإختصاص المحلي للمحكمة إلى دائرة إختصاص محاكم أخرى، عن طريق التنظيم، في جرائم المخدرات و الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية و الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات و جرائم تبييض الأموال و الإرهاب و الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف". و قد حددت المواد 2 و 3 و 4 و 5 المرسوم التنفيذي رقم 06-348 المؤرخ في 5 أكتوبر 2006 المتضمن تمديد الإختصاص المحلي لبعض المحاكم و وكلاء الجمهورية و قضاة التحقيق، مجال هذا التمديد بالنسبة لقضاة الحكم لمحكمة سيدي امحمد و محكمة قسنطينة و محكمة ورقلة و محكمة وهران على النحو السالف الذكر بالنسبة لتمديد الإختصاص المحلي لوكلاء الجمهورية و قضاة التحقيق.

لم يتضمن قانون الإجراءات الجزائية نصوصا حول كيفية تحويل القضايا المتعلقة بجرائم الفساد و ما في حكمها من جرائم خاصة عندما تكون مطروحة أمام جهات الحكم إلى جهات الحكم التابعة للمحاكم المختصة. فبالرغم من أن المادة 40 مكرر 3 من قانون

الإجراءات الجزائية تجيز للنائب العام لدى المجالس القضائية الكائن بها المحاكم المختصة أن يطالب بالإجراءات في جميع مراحل الدعوى أي بما فيهم مرحلة المحاكمة، إلا أن إجراءات القيام بذلك غير واضحة كما هو الشأن بالنسبة لمرحلتى التحقيق الأولي و التحقيق القضائي. فلم ينص القانون على حكم "بالتخلي" من قبل جهة الحكم و لم يبق إلا الحكم بعدم الإختصاص و هو حكم سيد للمحكمة تقضي به إذا ما إقتنعت بعدم إختصاصها و لا يمكن للنائب العام أن يفرض عليها إصداره لما لهيئة الحكم من إستقلالية عن هيئة المتابعة. و يبقى أنه لا مانع من إتباع الإجراءات المنصوص عليها في المواد من 548 إلى 553 من قانون الإجراءات الجزائية بشأن الإحالة من محكمة إلى أخرى. فللمحكمة العليا وحدها صلاحية أمر أية جهة قضائية بالتخلي عن نظر الدعوى و إحالتها إلى جهة قضائية أخرى من الدرجة نفسها. و قد أجاز المشرع مثل هذا الإجراء سواء لداعي الأمن العمومي أو لحسن سير القضاء و أخيرا بسبب قيام شبهة مشروعة. و لعل إسناد الفصل في جرائم الفساد إلى المحكمة المختصة يعتبر من ضمن حالات حسن سير العدالة و بالتالي تحل مشكلة رفض المحكمة العادية التخلي عن قضايا الجرائم الخاصة من خلال إتباع إجراءات الإحالة من محكمة إلى أخرى.

4/ أثر تمديد الإختصاص المحلي على خاصية التدرج

يعتبر الخضوع للسلطة الرئاسية الذي تفرضه التبعية التدرجية لأعضاء النيابة من أهم المبادئ التي تحكم عمل النيابة العامة. و قد نظم قانون الإجراءات الجزائية هذه التبعية فأخضع أعضاء النيابة العاملين لدى إختصاص مجلس قضاء معين إلى النائب العام لدى نفس المجلس من خلال إشرافه على عملهم. فيلتزم النواب العامون بالإشراف على وكلاء الجمهورية لدى المحاكم التابعة لإختصاصهم، لكن بالرجوع إلى الإجراءات التي قررها المشرع بالنسبة للقضايا المتعلقة بجرائم الفساد و الجرائم التي في حكمها يلاحظ خروج المشرع على قاعدة التبعية التدرجية سواء فيما يخص العلاقة ما بين وكيل الجمهورية و النائب العام أو العلاقة ما بين وكيل الجمهورية و ضباط الشرطة القضائية.

فبالنسبة لوكيل الجمهورية فإنه في حالة إخباره من قبل ضباط الشرطة القضائية التابعين لدائرة إختصاصه بوقوع جريمة من الجرائم الخاصة لدى دائرة إختصاصه فإنه يرسل فوراً إجراءات التحقيق إلى النائب العام لدى المجلس القضائي التابعة له المحكمة المختصة. فالعلاقة تتعدّد مباشرة ما بين وكيل الجمهورية الذي وقعت في دائرة إختصاصه جريمة الفساد أو ما في حكمها من جهة و النائب العام لدى مجلس قضائي التابعة له المحكمة المتخصصة من جهة أخرى و هو وفق النصوص العامة ليس بالسلطة الرئاسية لهذا الوكيل. ففي هذه الحالة تجاوز وكيل الجمهورية رئيسه المباشر و هو النائب العام لدى المجلس القضائي الذي يتبعه ليسلم الملف مباشرة لنائب عام آخر. و هذا ما تؤكده أيضاً المادة 40 مكرر 2 من منحها للنائب العام لدى المجلس القضائي التابعة له المحكمة المختصة صلاحية المطالبة بالإجراءات إذا إعتبر أن الجريمة تدخل ضمن إختصاص المحكمة المختصة. و لم يتعرض النص لطبيعة العلاقة ما بين النائب العام الذي وقعت الجريمة لدى دائرة إختصاصه و النائب العام لدى الجهة القضائية ذات الإختصاص الموسع.

أما بالنسبة لضباط الشرطة القضائية، فإن رئيسهم المباشر هو وكيل الجمهورية الذي يعملون في دائرة إختصاصه وفق أحكام المادة 12 من قانون الإجراءات الجزائية. و في حالة وقوع جريمة فساد أو ما في حكمها لدى دائرة إختصاصهم فإنهم يخبرون و وكيل الجمهورية الذي يتبعونه و هو يرسل الملف للنائب العام التابعة له المحكمة المختصة كما سبق ذكره لكن بالرجوع إلى أحكام المادة 40 مكرر 2 من قانون الإجراءات الجزائية فإننا نجدتها تخضع لضباط الشرطة القضائية الذين وقعت في دائرة إختصاصهم الجريمة إلى وكيل الجمهورية لدى المحكمة المختصة متى طالب النائب العام المختص بالإجراءات. فهم يتلقون منه تعليمات مباشرة، مما يعد خروجاً عن القواعد العامة التي تنظم العلاقة ما بين جهاز الشرطة القضائية و النيابة. هذا إن لم تصل القضية إلى قاضي التحقيق. أما في حالة التحقيق من قبل قاضي التحقيق المختص لدى المحكمة

الخاصة فإن ضباط الشرطة القضائية العاملين لدى دائرة اختصاص المحكمة التي وقعت فيها جريمة الفساد يتلقون التعليمات مباشرة من قاضي التحقيق لدى المحكمة المتخصصة. فإن كان لا شك في أن تكليف جهات قضائية جزائية متخصصة بمتابعة قضايا الفساد و ما في حكمها من جرائم أخرى له مزية تولي قضاة متخصصين النظر في هذه القضايا فإنه من جهة أخرى قد يتسبب في بطء الإجراءات إذا ما تزايد عدد هذه القضايا. و فيما يلي يتم التعرض إلى ما تتميز به الدعوى العمومية الناشئة عن جرائم الفساد من حيث التحريك و الإنقضاء.

الجزء الثاني: سير الدعوى العمومية

إن كان الحق في تحريك الدعوى العمومية ينشأ بمجرد وقوع جريمة، فإن تحريكها لا يتم في كل الأحوال، ذلك أنه قد لا يصل العلم بوقوعها إلى النيابة أو في بعض الحالات تقدر النيابة عدم جدوة تحريكها لا سيما إن تعلق الأمر بمخالفات بسيطة. و إن كان من الطبيعي أن لا تحرك الدعوى العمومية إلا بعد العلم بوقوع الجريمة، فإن هذا العلم بالنسبة لجرائم الفساد من الصعب تحقيقه كون هذه الجرائم تقع على إثر إتفاقات سرية بين الفاسدين و لذلك تم تخصيص فقرة في هذا الجزء من البحث لدراسة مدى تناسب خاصية التلقائية التي تتمتع بها النيابة العامة مع طبيعة جرائم الفساد لا سيما تلك المتعلقة منها بالصفقات العمومية، مضيفين لهذه الفقرة مسألة تحديد الطرف المدني في قضايا الفساد و هي مسألة و إن كانت تخص الدعوى المدنية الناتجة عن الضرر الذي تسببت فيه الجريمة إلا أنها تطرح أمام القضاء الجزائي الفاصل في هذه الدعوى بالتبعية. ثم يتم إختتام هذا الجزء بدراسة مسألة تقادم الدعوى العمومية بالنسبة لجرائم الفساد.

1/أهمية تلقائية تحريك الدعوى العمومية

إن صاحبة الحق الأصلية في تحريك الدعوى العمومية هي النيابة العامة بإعتبارها ممثلة المجتمع في الدفاع عن الحق العام الذي يتضرر كلما وقعت جريمة، لكن مع ذلك خول قانون الإجراءات الجزائية للمتضرر من جريمة حق تحريك الدعوى العمومية عن طريق الإدعاء المدني لدى قاضي التحقيق أو عن طريق الإستدعاء المباشر

بالنسبة للجرائم المحددة في المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية، و ذلك بإعتبار الشخص يتضرر أيضا بصفة فردية من تلك الجريمة و بالتالي من حقه أن يطالب بجبر الضرر الذي أصابه منها أمام القضاء الجزائي¹ و يكون ذلك عن طريق التدخل إذا بادرت النيابة بتحريك الدعوى العمومية أو يكون ذلك تبعا لتحريكه هو للدعوى العمومية إذا ما لم تقم النيابة العامة بذلك. و قد إشتطرت المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية في الضرر الذي يخول الحق في التعويض أن يكون ضررا شخصا و مباشرا، و هذا الشرط الأخير هو الذي يحمل إلى التساؤل بالنسبة لجرائم الفساد بصفة عامة و جرائم الفساد المتصلة بالصفقات العمومية عن المتضرر المباشر من هذه الجرائم ليتم التوصل إلى معرفة من له حق تحريك الدعوى العمومية إلى جانب النيابة العامة بالنسبة لهذه الجرائم.

لقد سبق و أن ذكر في إطار وصف القانون 01/06 في الفصل الأول من هذا الباب أن جرائم الفساد كانت تصنف ضمن الجرائم ضد السلامة العمومية في الباب المخصص للجنايات و الجنح ضد الشيء العمومي إلى جانب الجنايات و الجنح ضد أمن الدولة و التجمهر و الجنايات و الجنح ضد الدستور و غيرها من الجرائم التي تقع ضد المصالح العامة. و جرائم الفساد تهدد السلامة العمومية من خلال إضرارها بسمعة و نزاهة الوظيفة العمومية لأنها بالدرجة الأولى هي جرائم الموظف العمومي، فمن يرتكب جريمة الرشوة يلحق ضررا مباشرا بالوظيفة العمومية فتزول ثقة المواطن في الإدارة العمومية فتفقد مشروعيتها فتشيع التجاوزات في إستيفاء الحقوق و تسود الفوضى فتتأثر السلامة العمومية، فالمتضرر المباشر من جريمة الرشوة ليس هو الشخص الذي لم يتمكن من الحصول على حقه و إنما هي الوظيفة العمومية و إن كان ذلك الشخص قد تضرر بصفة غير مباشرة لأن تعفن الإدارة هو الضرر المباشر الذي ترتب عنه ضياع الحقوق. و هذا ما تؤكد إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد التي أوردت في ديباجتها حين ذكرت أن الفساد يضر بالمؤسسات الديمقراطية و القيم الأخلاقية و العدالة و التنمية

¹ للإطلاع على مزايا رفع الدعوى المدنية التبعية أمام القضاء الجزائي راجع مرجع الدكتور عبد الله اوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار هومة، 2008، ص. 163.

المستدامة و سيادة القانون. ف جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية هي جرائم ضد المصلحة العامة و ليست جرائم ضد الأشخاص و بالتالي فإن تحريك الدعوى العمومية بشأنها هو من إختصاص النيابة العامة بالدرجة الأولى ثم من إختصاص الأشخاص العامة التي دفعت ثمن الصفقة العمومية غير القانونية. لكن يبقى أنه بإعتبار أن جرائم الفساد تقع على إثر "إتفاقات" و مساومات سرية فيما بين المفسدين فإن الخواص الذين تضرروا بصفة غير مباشرة يلعبون دورا في إبلاغ النيابة عن وقوع جرائم الفساد لتقوم هي بالبحث و التحري من أجل تحريك الدعوى العمومية إذا ما ثبت لديها وجود جريمة فساد، فالشخص الذي فاتته فرصة الفوز بالصفقة العمومية بسبب وجود تواطؤ إجرامي بين الإدارة و مترشح آخر يمكنه الإبلاغ عن هذه الوقائع رغم أنه لن يتمكن من التأسيس كطرف مدني أمام القضاء الجزائري¹. و الملاحظ أن فضائح الفساد في مجال الصفقات العمومية التي شاع الحديث عنها في السنوات الأخيرة قد إكتشفت على إثر أعمال البحث و التحري التي قامت بها مختلف الأجهزة الأمنية لاسيما تلك التابعة للأمن العسكري لأنها قضايا تمس بأمن الدولة، و هذه الأجهزة سلمت الملفات إلى النيابة العامة التي تولت تحريك الدعوى العمومية بشأنها.

و التلقائية التي تتمتع بها النيابة بالنسبة لجرائم الفساد هي تلقائية غير مقيدة كما هو الشأن بالنسبة لبعض الجرائم كذلك المرتكبة من قبل متعهدي تموين الجيش الشعبي الوطني بحيث لا يمكن للنيابة العامة أن تتخذ إجراءات تحريك الدعوى العمومية بشأنها إلا بناء على طلب من وزير الدفاع الوطني، فالمشرع قد حذا حذو المشرع المصري و المشرع الفرنسي بعدم الإعتراف للموظف العمومي بحصانة وظيفية كما فعلت بعض التشريعات² و بإطلاقه لحرية النيابة في التحريك مع مراعاة المبادئ العامة المتعلقة بالحصانات السياسية و الدبلوماسية و النيابية و هذا ما يتماشى و ما حثت عليه إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد في المادة 3 (2) من خلال دعوة الدول إلى ضرورة إيجاد توازن مناسب ما بين الحصانات القضائية و ملاحقة مجرمي الفساد.

¹ لكن يبقى أن القانون خول له آليات قانونية غير جنائية لإبطال الصفقة سنتعرض لها في الباب الثاني من هذه الرسالة.

² القانون اللبناني في المادة 61 من المرسوم الإشتراعي رقم 112 لسنة 1959.

و بعدما ظهر أن النيابة العامة تلعب دورا أساسيا في تحريك الدعوى العمومية تلقائيا بشأن جرائم الفساد، فإن ذلك لا يفي كما سبق ذكره أن يبادر الأشخاص العموميون أو غيرهم بذلك إذا ما تضرروا مباشرة من جريمة فساد ليتمكنوا من المطالبة بالتعويض كأطراف مدنية و فيما يلي سنحاول توضيح من يتمتع بصفة الطرف المدني في جرائم الفساد المتصلة بالصفقات العمومية.

2/ تحديد الطرف المدني في قضايا الفساد

تكتسي مسألة تحديد المتضرر من جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية أهمية بالغة باعتبارها مسألة إجرائية توضح من له الحق في التأسيس كطرف مدني في الدعوى العمومية الناشئة عن هذه الجرائم. و قد وضحت المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية أنه يجوز لكل من تضرر مباشرة من الجريمة أن يتأسس كطرف مدني، مما يطرح التساؤل حول من المتضرر المباشر من منح صفقة عمومية بناء على جريمة فساد. إن كان من المؤكد أن إبرام صفقة عمومية بعيدا عن الحياد و البحث عن أحسن العروض يلحق ضررا بالمجتمع باعتباره المستغل للإنجازات الرديئة التي تتم من قبل المقاولين الذين تحصلوا على الصفقات بدفعهم للرشوة فإنه يمكن النظر إلى المتضرر المباشر من الجريمة من زاويتين، زاوية صاحب المال الذي دفع كثر من لهذه الصفقات و زاوية باقي المترشحين للفوز بالصفقة الذين أبعدها بصفة غير قانونية.

فمن حيث الزاوية الأولى يعتبر المال الذي دفع كثر من للصفقة العمومية المشبوهة مالا عموميا، فقد يكون ملكا للدولة أو لإحدى المؤسسات أو الهيئات التي تبرم صفقة عمومية على النحو المشار إليه في الفقرة المخصصة للأشخاص المعنيين بجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، لكن السؤال يبقى مطروحا بالنسبة لكل شخص من هؤلاء هل يتمتع بذمة مالية خاصة تسمح له بالإدعاء أنه تضرر شخصا من جريمة الفساد و ذلك ضد الموظف المسؤول عن إبرام الصفقة المشبوهة الذي يكون قد ألحق ضررا بمال المؤسسة بدفعه بصفة غير مستحقة للمقاول الذي تحصل على الصفقة. و في هذا

الإطار تظهر خزينة الدولة على أنها المتضرر المباشر من جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، و هذا ما يؤكد قرار للمحكمة العليا الذي جاء فيه بشأن طعن بالنقض سجلته المديرية العامة للحماية المدنية أنه: " حيث أن المديرية العامة للحماية المدنية لا يمكنها أن تتأسس كطرف مدني و تحل محل الوكيل القضائي للخزينة العمومية كون الضرر اللاحق بها ينصرف إلى الدولة بإعتبارها إحدى هيئاتها العمومية ذات الطابع الإداري و أن الأموال محل الجريمة تؤول إلى الخزينة العمومية و متى كان ذلك فإن الطاعنة تعتبر من غير ذي صفة في النزاع لذا يتعين التصريح بعدم قبول طعنها شكلا لإنعدام الصفة"¹. فالإدارات العمومية و المؤسسات التي لا تتمتع بذمة مالية مستقلة لا يمكن لها أن تتأسس كطرف مدني في قضايا الفساد المتعلقة بالصفقات العمومية بإعتبارها ليست صاحبة الأموال الضائعة، أما الأشخاص الأخرى التي تتمتع بذمة مالية خاصة فهي تستطيع أن تتأسس كأطراف مدنية.

أما فيما يخص الشخص المبعد من الصفقة فإن الضرر الذي أصابه لا يعتبر ضررا مباشرا لأن جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية كما سبق ذكره تلحق ضررا مباشرا بالذمة المالية لصاحب المال لأن ماله قد أنفق خلافا للغرض الذي خصص له و لأن هذا المال قد أنفق مقابل خدمات أقل نوعية من السعر الذي دفع من أجلها. فإن كان المترشح للصفقة المبعد قد فانت عليه فرصة ربح بعدم فوزه بالصفقة فإن الضرر يبقى بالنسبة له ضررا غير مباشر من جهة و غير مؤكد من جهة أخرى لأن فوزه بالصفقة ليس أمرا مؤكدا حتى في غياب التواطؤ مع المقاول الذي فاز بها. ففوات الفرصة لا يتناسب و المصلحة المحمية و هي ممارسة مهام المصلحة العامة بكل نزاهة².

و فيما يلي نتعرض إلى مسألة تقادم الدعوى العمومية الناشئة عن جرائم الفساد.

¹ قرار صادر عن غرفة الجنتح و المخالفات القسم الثالث بتاريخ 2011/09/29، ملف رقم 624033 بين النيابة العامة و ه.م-ع.ع.م.ع.ح من جهة و ك.م.ج.م.ب.م من جهة أخرى، غير منشور.

² Marion WAGNER, Le droit pénal special et les fonctions publiques : une illustration des affres de la pénalisation à outrance, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2011, n°1, p. 54.

3/ مسألة تقادم الدعوى العمومية

إن الدعوى العمومية ليست دعوى أبدية، بل تنشأ بوقوع الجريمة و تنقضي بأحد أسباب إنقضائها المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية¹. و إن كان الإنقضاء الطبيعي للدعوى العمومية هو الفصل فيها بحكم نهائي في موضوعها، فإن ثمة أسباب أخرى لإنقضائها نص عليها المشرع في المادة 6 من قانون الإجراءات الجزائية²، و هي أسباب عموما لا تطرح إشكالات خاصة بالنسبة لجرائم الفساد إلا فيما تعلق منها بالتقادم³ بإعتبار أن المشرع في تعديله لقانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون 14/04 أوجد أحكاما خاصة بتقادم الدعوى العمومية الناشئة عن بعض الجرائم التي نجد من ضمنها بعض جرائم الفساد و ذلك بإضافة المادة 8 مكرر التي تنص على عدم تقادم الدعوى العمومية في الجنايات و الجنح الموصوفة بأفعال إرهابية و تخريبية و تلك المتعلقة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية أو الرشوة أو إختلاس الأموال العمومية.

و التقادم مفاده مضي مدة زمنية حددها القانون على ارتكاب الجريمة أو على إتخاذ آخر إجراء بشأنها تنقضي على إثرها الدعوى العمومية و يسقط الحق في متابعة الجاني أو مباشرة الدعوى العمومية ضده. و تقوم فكرة التقادم على أساس أنه بعد مضي فترة زمنية محددة على ارتكاب الجريمة تختفي آثارها و يغلب نسيانها مما يؤدي من جهة إلى صعوبة التوصل إلى إثباتها ومن جهة أخرى فإن " النسيان " يمحي الضرر الذي أصاب الجماعة من جراء وقوع الجريمة و بالتالي من الأفضل عدم إحياء ذكراها. كما تبرر فكرة التقادم بأن الجاني طيلة مدة التقادم يعيش في حالة من الإضطراب و الخوف و هذا عقاب في حد ذاته. لكن فوق كل هذه الإعتبارات يعتبر التقادم كجزاء لإهمال النيابة

¹ المادة 6 من قانون الإجراءات الجزائية حددت أسباب إنقضاء الدعوى العمومية على أنهم وفاة المتهم، التقادم، العفو الشامل، إلغاء قانون العقوبات، صدور الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي فيه و كذلك بسحب الشكوى إذا كانت هذه الأخيرة شرطا لازما للمتابعة و أخيرا بالمصالحة إذا كان القانون يجيزها صراحة.

² م 1/6 من قانون الإجراءات الجزائية: " تنقضي الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق العقوبة بوفاة المتهم، و بالتقادم و العفو الشامل و بإلغاء قانون العقوبات و بصدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي."

لتحريك الدعوى العمومية و مباشرتها و هذا الإهمال يلحق ضررا بكافة الأطراف و يتسبب في تراكم للقضايا الجزائية مما يخل بحسن سير الجهاز القضائي الجزائري. فمن أجل الإعتبارات السابقة حدد المشرع في المواد من 8 إلى 9 مدد تقادم الدعوى العمومية بالنسبة لمختلف أنواع الجرائم، فجعلت الدعوى العمومية في مواد الجنايات تنقضي بمرور عشر سنوات، و في مواد الجنح تنقضي بثلاث سنوات و في مواد المخالفات تنقضي بسنتين، لكن إن كان هذا هو الأصل فإن التشريعات الحديثة لا تخل من إستثناءات على مبدأ التقادم، و تشكل الجرائم ضد الإنسانية التجسيد الأوضح لعدم تقادم بعض الجرائم. و لعل السبب في ذلك يعود لجسامة الضرر المترتب عن هذه الجرائم و الذي اعتبرته السياسات الجنائية ضررا لا يتلاشى. و الإستثناء على مبدأ التقادم يعبر عن اتفاق بين أغلب دول العالم على بشاعة بعض الجرائم كالجرائم ضد الإنسانية، و لكن لم تعد اليوم هذه الأخيرة وحدها تحضى بخصوصية عدم التقادم بل حثت بعض الإتفاقيات الدولية¹ دول العالم على إصدار نصوص قانونية تلغي التقادم بالنسبة لبعض الجرائم التي نجد من ضمنها بعض جرائم الفساد، فقد أضاف المشرع بموجب القانون 14/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجزائية المادة 8 مكرر التي نصت على أنه لا تنقضي الدعوى العمومية بالتقادم بالنسبة لجريمة الرشوة و إختلاس الأموال العمومية². كما نصت المادة 54 من القانون 01/06 على عدم تقادم الدعوى العمومية بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى الخارج، مع الإشارة إلى أن هذه المادة الأخيرة جعلت العقوبة أيضا لا تتقادم³ خلافا للأحكام العامة الخاصة بتقادم العقوبة المنصوص عليها في المواد من 612 إلى 617 من قانون الإجراءات الجزائية. فمن خلال مقارنة نصوص قانون الإجراءات الجزائية و نصوص قانون مكافحة الفساد نستنتج أن جريمتي الرشوة و إختلاس الأموال العمومية لا تتقادم في كل الأحوال بينما جرائم الفساد الأخرى تبقى

¹ إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة العابرة للحدود و إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد.

² إلى جانب الجنايات و الجنح الموصوفة بأفعال إرهابية و تخريبية و تلك المتعلقة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية.

³ كما هو الشأن بالنسبة للعقوبات المحكوم بها في الجنايات و الجنح الموصوفة بأفعال إرهابية و تخريبية و تلك المتعلقة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية و الرشوة طبقا لما جاء في المادة 612 مكرر المضافة في قانون العجرات الجزائية بمقتضى القانون 14-04.

خاضعة لمبدأ التقادم إلا إذا تم تحويل عائداتها إلى الخارج. فجرائم الفساد ماعدا تلك المستثناة السالفة الذكر تتقادم بمضي ثلاث سنوات على ارتكابها و هنا يجدر بنا التساؤل عن نقطة إنطلاق إحتساب هذه المدة. فباعتبار جرائم الفساد جرائم وقتية فإن مدة التقادم تحسب من يوم ارتكاب الفعل. و إن كان هذا الحل يبدو سهلا إلا أنه قد يسمح بإفلات العديد من مقترفي الجرائم كون أنه قد لا تظهر المخالفة إلى الوجود إلا بعد تقادمها، فإن المناورات الممكنة لمفاضلة مترشح عن غيره قد لا تتضح إلا بعد فترة زمنية من وقوع الفعل. و في محاولة لإيجاد حل لهذه المشكلة إعتبر القضاء الفرنسي أن مدة التقادم تحسب من يوم ارتكاب الفعل إلا إذا ثبت الطابع الخفي للفعل¹، فليست طبيعة الفعل هي التي تبرر تغيير نقطة إنطلاق حساب مدة التقادم و إنما ظروف ارتكابه².

يستخلص من دراسة المطلب الأول أن المشرع أولى إهتماما خاصا لملاحقة مجرمي الفساد على الصعيد الداخلي من خلال إنشائه لجهاز بحث و تحري خاص بهذه الجرائم، فمصالح الضبطية القضائية "العادية" المكلفة بالبحث و التحري في كل الجرائم لا يمكنها التفرغ لجرائم الفساد و إهمال كل الجرائم الأخرى و في نفس الوقت تظهر جرائم الفساد كجرائم خطيرة تهدد كيان المجتمع و الدولة و بالتالي تقتضي ملاحقتها إهتماما خاصا و هذه هي مهمة الديوان المركزي لقمع الفساد، كما أن السماح بإستعمال أساليب البحث و التحري الخاصة في إطار التحقيق في قضايا الفساد يؤكد من جهة أخرى على خطورتها و على حرص الدولة و المجتمع الدولي ككل على مكافحتها و هذا ما دعا بهذا الأخير إلى إيجاد آليات تعاون دولي في مجال ملاحقة و إثبات جرائم الفساد و هذا ما سنتعرض له في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: الأحكام الإجرائية على الصعيد الخارجي

¹ Cass. Crim., 27 juin 2001, n° S-01-83.049 F-D

² X.Samuel, « La jurisprudence de la chambre criminelle en matière de prise illégale d'intérêts et d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité dans les marchés publics », Etudes et documents, Rapport annuel de la cour de cassation de 1999, Doc.fr.

إن مبدأ الإقليمية الذي يميز تطبيق قانون العقوبات يمتد أيضا إلى تطبيق قانون الإجراءات الجزائية بحكم أن هذه الأخيرة ترمي إلى ملاحقة و متابعة مرتكبي جرائم قانون العقوبات، لكن بالنظر إلى تطور الجريمة و إتساع رقعة تحضيرها و تنفيذها إلى عدة أقاليم فإن مبدأ الإقليمية يشكل حاجزا أمام ملاحقة فعالة لمرتكبي هذه الجرائم، فالحدود الإقليمية تعترض عمل السلطات المختصة بمكافحة الجريمة سواء كانوا من رجال الشرطة أو من رجال القضاء¹. و جرائم الفساد مثلها مثل العديد من الجرائم لم تعد جرائم داخلية بل تعدت حدود الدول حيث صار الحديث عن "عولمة الفساد"²، و من ثمة بات من الضروري أن تتعاون الدول فيما بينها لمكافحة الفساد بصفة أكثر فعالية من خلال إيجاد آليات قانونية تسهل الإتصال و التعاون بين مختلف الأجهزة المختصة بملاحقة مجرمي الفساد سواء من أجل البحث عن الأدلة و المعلومات أو من أجل إلقاء القبض على المشتبه فيهم أو المتهمين بجرائم الفساد.

تنص المادة 57 من القانون 01/06 على أنه "مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل و في حدود ما تسمح به المعاهدات و الإتفاقات و الترتيبات ذات الصلة و القوانين، تقام علاقات تعاون قضائي على أوسع نطاق ممكن، خاصة مع الدول الأطراف في إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد وذلك في مجال التحريات و المتابعات و الإجراءات القضائية المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون"، و بالتالي قد كرس المشرع بموجب هذه المادة مبدأ الإستعانة بالتعاون الدولي في مجال ملاحقة مجرمي الفساد. و لم يكتف قانون مكافحة الفساد بالتعاون المنصب على المسائل الجنائية المحظية بل وسع مجال التعاون ليشمل المصارف و المؤسسات المالية غير المصرفية في إطار الكشف عن العمليات المالية المرتبطة بالفساد³. إلا أن الدراسة الحالية سنقتصر على التعاون الدولي في المسائل

¹ أنظر أعمال الندوة العالمية التي أقامها المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية (سيراكوزا - إيطاليا) في الفترة من 5 إلى 11/12/1993، حول موضوع التعاون القضائي في المجال الجنائي في العالم العربي، دار العلم للملايين، 1994.

² سليمان عبد المنعم، ظاهرة الفساد، دراسة في مدى مواءمة التشريعات العربية لأحكام إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، بحث منشور على شبكة الأنترنت، موقع الأمم المتحدة، <http://www.undp-pogar.org/arabic> ، ص. 120.

³ أنظر المادة 58 من القانون 01/06

الجنائية المتعلقة بتدعيم الملاحقات و التحقيقات المتعلقة بجرائم الفساد، و التي تتميز أساسا بتعزيز إجراءات تسليم المجرمين من جهة و بإستحداث أو تطوير بعض الإجراءات التي تسمح بإقامة الأدلة عن جرائم الفساد مع الإشارة إلى أن المشرع لم يفصل هذه الإجراءات في القانون 01/06 بخلاف إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد التي فصلت فيها و بالتالي سيتم الإعتماد عليها أساسا في التعرض لها.

الفرع الأول: تعزيز إجراءات تسليم المجرمين

يعتبر تسليم المجرمين من أقدم و أهم وسائل التعاون بين الدول في سبيل القبض على المجرمين، و بالتالي فهو لا يعتبر من الآليات المستحدثة من قبل إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، لكن بالنظر إلى أهمية موضوع التسليم في مجال مكافحة جرائم الفساد و ملاحقة مرتكبيه فقد نظمت هذه الإتفاقية ضمن الفصل الرابع منها المخصص للتعاون الدولي و أفردت له المادة 44، بينما لم يتضمن القانون 01/06 نصوصا خاصة بتسليم المجرمين، مما يستتج منه إستمرارية سريان النصوص القانونية العامة المنظمة لهذه المسألة و هي إتفاقية الأمم المتحدة المشار إليها آنفا و نصوص قانون الإجراءات الجزائية مع منح الأولوية للإتفاقية في حالة وجود تناقض بين المصدرين بإعتبار أن المعاهدات تسمو على القانون الداخلي. و ليس الغرض في هذه الدراسة التفصيل في موضوع تسليم المجرمين و إنما المقصود هو إبراز تطور آليات التسليم فيما يخص جرائم الفساد و لكن قبل ذلك نذكر أن المقصود بالتسليم هو ذلك الإجراء الذي تطالب بموجبه دولة من دولة أخرى تسليمها أحد الأشخاص المتواجدين على إقليمها بهدف محاكمته إذا كان متهما أو لأجل تنفيذ حكم صادر بإدانتته من إحدى محاكمها¹، كما يعرفه الدكتور جندي عبد الملك على أنه " عمل تقوم بمقتضاه الدولة التي لجأ إلى أرضها شخص متهم أو محكوم عليه في جريمة بتسليمه إلى الدولة المختصة بمحاكمته أو تنفيذ العقوبة عليه"²، فهو إذن مظهر من مظاهر تضامن الدول في محاربة المجرمين. و الأصل أن إلترام الدول بالتسليم يجد

¹ سليمان عبد المنعم، ظاهرة الفساد، دراسة في مدى موامة التشريعات العربية لأحكام إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، بحث منشور على شبكة الأنترنت، موقع الأمم المتحدة، <http://www.undp-pogar.org/arabic>، ص. 83.

² جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط. 2008، ص. 590.

أساسه القانوني إما في إتفاقيات التسليم الدولية التي تبرمها الدولة مع الدول الطالبة ثنائية كانت أو متعددة الأطراف، و إما في أحكام تشريعها الداخلي إذا كان لديها تشريع داخلي ينظم التسليم، فإذا لم يوجد إتفاقية تسليم و لم يكن ثمة تشريع داخلي فإن الإلتزام القانوني بالتسليم قد يجد له مصدرا في مختلف الإتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة مختلف أشكال الجرائم و التي صادقت عليها الدول كما هو الشأن بالنسبة لإتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية التي خصصت المادة 16 منها لموضوع تسليم المجرمين و كما هو الشأن أيضا بالنسبة لإتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد أو إتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد و مكافحته في مادتها الخامسة عشر.

و القانون الجزائري يمتلك تشريعا داخليا لتنظيم تسليم المجرمين و المتمثل في المواد من 694 إلى 719 من قانون الإجراءات الجزائية، و قد نص المشرع في المادة 694 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه " تحدد الأحكام الواردة في هذا الكتاب شروط تسليم المجرمين و إجراءاته و آثاره و ذلك ما لم تنص المعاهدات و الإتفاقيات السياسية على خلاف ذلك"، و بالتالي فالجزائر ليست من الدول التي تشترط وجود إتفاقيات تسليم مادام أن تشريعها الداخلي ينظم شروط و إجراءات التسليم. و إن كان مشكل الأساس القانوني للتسليم من حيث المبدأ لا يطرح أي إشكال بالنسبة للقانون الجزائري فإنه من المفيد أن نشير إلى أن إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد و نظرا للأهمية التي توليها لتسليم المجرمين فإنها نصت في الفقرة الخامسة من المادة 44 على أنه إذا تلتقت دولة طرف، تجعل تسليم المجرمين مشروطا بوجود معاهدة، طلب تسليم من دولة طرف أخرى لا ترتبط معها بمعاهدة تسليم، جاز لها أن تعتبر هذه الإتفاقية الأساس القانوني للتسليم فيما يخص أي جرم تنطبق عليه هذه المادة¹. فقد أوجدت بذلك إتفاقية الأمم المتحدة حلا بالنسبة للدول المصادقة عليها التي لا يتضمن قانونها الداخلي نصوصا

¹ كذلك فعلت إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية في الفقرة الرابعة من السادسة عشرة (16) و إتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد و مكافحته في الفقرة الثالثة من مادتها الخامسة عشر.

تشريعة خاصة بالتسليم و التي تجد نفسها أمام طلب تسليم صادر من دولة لا تربطها بها أية إتفاقية تسليم، ففي هذه الحالة تستطيع أن تتخذ إتفاقية الأمم المتحدة كأساس قانوني للإستجابة للطلب. و يبقى هذا الحكم واحدا من حيث اعتبار الإتفاقية هي الأساس القانوني للتسليم حتى في الحالة التي لا تجعل فيها الدولة التسليم مشروطا بوجود معاهدة و هذا طبقا لنص المادة 44 ف 7 من الإتفاقية على أنه على الدول الأطراف التي لا تجعل التسليم مشروطا بوجود معاهدة أن تعتبر الجرائم التي تنطبق عليها هذه المادة جرائم خاضعة للتسليم فيما بينها.

بعدما خلصنا إلى أن إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد دعمت الأساس القانوني لتسليم المجرمين دون أن تنشئه و يجب التعرض فيما يلي إلى الحلول التي جاءت بها هذه الإتفاقية للإشكالات التي يطرحها عادة تسليم المجرمين و المتعلقة أساسا بشروط التسليم لا سيما شرط ازدواجية التجريم و الشروط المتعلقة بالجريمة محل طلب التسليم و الشروط المتعلقة بالشخص المطلوب تسليمه .

الجزء الأول: الشرط المتعلق بإزدواجية التجريم

تشرط أغلب معاهدات التسليم¹ أن يكون الجرم المطالب بالتسليم من أجله منصوصا عليه في كل من قانون الدولة الطالبة و قانون الدولة المطلوبة و هو ما اصطلح على تسميته مبدأ " إزدواجية التجريم " . و يشكل هذا المبدأ عائقا حقيقيا أمام عملية التسليم في حالة عدم تجريم الدولة المطلوبة للفعل المراد التسليم من أجله، لذلك تحاول الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالجرائم الحديثة كإتفاقية الأمم المتحدة ضد الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية و كذلك إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد، أن تجد حلا لهذا المبدأ عندما يشكل عائقا أمام التسليم من أجل الجرائم التي نصت عليها. و قد كرس قانون الإجراءات الجزائية هذا المبدأ في الفقرة الثانية من المادة 697 بنصه أنه " لا يجوز قبول التسليم في أي حالة إذا كان الفعل غير معاقب عليه طبقا للقانون الجزائري بعقوبة جنائية أو جنحة".

¹ مثلا الإتفاقية المتعلقة بتسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر و المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى و إيرلندا الشمالية الموقعة بلندن يوم 11 يوليو 2006 و المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 464/06 المؤرخ في 11 ديسمبر 2006 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 81 حيث جاء في المادة 2 من الإتفاقية: "...الجرائم التي توجب التسليم هي الجرائم المعاقب عليها بمقتضى قوانين كل من الطرفين..."

أما إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد فقد أدرجت الفقرة 4 من مادتها 44 جرائم الفساد المنصوص عليها في الإتفاقية في عداد الجرائم الخاضعة للتسليم في أي معاهدة لتسليم المجرمين قائمة بين الدول الأطراف كما أخذت تعهدا من الدول الأطراف بإدراج تلك الجرائم في عداد الجرائم الخاضعة للتسليم في كل معاهدة تسليم تبرم فيما بينها.

فيستنتج مما سبق أن جرائم الفساد المنصوص عليها في إتفاقية الأمم المتحدة من الجرائم الجائز التسليم بشأنها بغض النظر عن وصفها الجزائي أو مقدار عقوبتها، ذلك أن نص الإتفاقية يسمو على قانون الإجراءات الجزائية. بل أكثر من ذلك فإن الدول المصادقة على الإتفاقية ملزمة بالتسليم بشأن جرائم الفساد حتى و إن تأخرت في تجريمها في قانونها الداخلي تطبيقا لإلتزامها بذلك و ذلك إستنادا إلى ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 44 من الإتفاقية من أنه على الرغم من أحكام الفقرة 1 من نفس المادة التي تشترط إزدواجية التجريم، فإنه يجوز للدولة الطرف التي يسمح قانونها بذلك أن توافق على طلب تسليم شخص ما بسبب أي من الجرائم المشمولة بهذه الإتفاقية و التي لا يعاقب عليها بموجب قانونها الداخلي. و بالتالي يمكن إعتبار أن إتفاقية الأمم المتحدة توفر شرط إزدواجية التجريم بالنسبة لجرائم الفساد، لا سيما إذا تعلق الأمر بإحدى الجرائم التي لا ينص عليها قانون إحدى الدول المصادقة على الإتفاقية ، و يبدو ذلك بالخصوص بالنسبة لجرائم الفساد المستحدثة كالإثراء غير المشروع و رشوة الموظفين العموميين الأجانب، مما دعا بعض الدارسين إلى القول بأن إعتبار إتفاقية مكافحة الفساد ذات " مرجعية " قانونية تشكل أساسا لإلتزام الدول بالتسليم عن الجرائم المشمولة بها يسد ثغرة في شرط إزدواجية التجريم بالنسبة لبعض الصور المستحدثة من جرائم الفساد¹. أما بالنسبة للقانون الجزائري بصفة خاصة فإن التطبيق الحرفي للفقرة 2 من المادة 44 الأنفة الذكر يجعل أنه لا يجوز التسليم إذا لم يجرم القانون الداخلي الفعل المطالب التسليم من أجله، ذلك أن هذه الفقرة جعلت الإستثناء بالنسبة للدول التي يسمح قانونها بذلك أما الجزائر فلا يسمح قانونها بذلك مادام أن المادة 697 من قانون الإجراءات الجزائية تنص صراحة على أنه " لا

¹ سليمان عيد المنعم، ظاهرة الفساد، دراسة في مدى موامة التشريعات العربية لأحكام إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المرجع السابق، ص. 151.

يجوز قبول التسليم في أي حالة إذا كان الفعل غير معاقب عليه طبقاً للقانون الجزائري بعقوبة جنائية أو جنحة"، و بالتالي فلا إستثناء على مبدأ ازدواجية التجريم في القانون الجزائري.

و مادام الأمر كذلك فإنه يجدر التساؤل حول مدى إتفاق القانون الجزائري مع إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد فيما يخص شروط التسليم الأخرى، لا سيما و أن الإتفاقية لم تتعرض لكل الجوانب القانونية التي يثيرها نظام تسليم المجرمين و لعله هذا هو السبب الذي جعلها تحت الدول المصادقة عليها على السعي إلى إبرام إتفاقيات أو ترتيبات ثنائية و متعددة الأطراف لتنفيذ التسليم أو لتعزيز فاعليته. لكن يبقى أنه بالنسبة للدول التي نظمت تسليم المجرمين في قانونها الوطني كما هو الشأن بالنسبة للجزائر فإن القانون الداخلي يبقى هو الأساس عند غياب مثل هذه المعاهدات، و بالتالي سنتعرض فيما يلي إلى ما تثيره إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد من نقاط إختلاف مع قانون الإجراءات الجزائة فيما يخص شروط التسليم المتعلقة من جهة بالجريمة سبب التسليم و من جهة أخرى الشروط المتعلقة بالشخص المطالب تسليمه.

الجزء الثاني: الشروط المتعلقة بالجريمة سبب التسليم

إن كانت إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد لم توضح إن كانت تشترط في الجريمة موضوع التسليم وصفا جزائيا خاصا أو حدا أدنى من العقوبة في كل من الدولتين، فإنها أحالت في ذلك إلى القانون الداخلي للدولة المطلوب منها التسليم أو المعاهدات التي ترتبط بها بنصها في الفقرة 8 من المادة 44 على أنه " يخضع التسليم للشروط التي ينص عليها القانون الداخلي للدولة الطرف متلقية الطلب أو معاهدات التسليم السارية، بما في ذلك الشروط المتعلقة بالعقوبة الدنيا المشترطة للتسليم و الأسباب التي يجوز للدولة الطرف متلقية الطلب أن تستند إليها في رفض التسليم ".

فبالرجوع إلى المادة 697 من قانون الإجراءات الجزائة نجد أن المشرع يشترط في الجرائم التي يجوز التسليم بشأنها أن تشكل في قانون الدولة الطالبة جنائية أو جنحة

إذا كان الحد الأقصى للعقوبة هو سنتين أو أكثر¹ أو إذا تعلق الأمر بمتهم قضي عليه بعقوبة تساوي أو تجاوز الحبس لمدة شهرين. فالمشرع الجزائري بالإضافة إلى إشتراط ازدواجية التجريم فإنه حصر الجرائم الممكن التسليم من أجلها في الجنايات و في الجرح السالف ذكرها وفقا لوصفها في قانون الدولة الطالبة، و لم يشترط أن يكون القانون الجزائري يعاقب بنفس العقوبة بل يكفي أن تكون عقوبة جنائية أو جنحة.

يلاحظ من جهة أخرى أن قانون الإجراءات الجزائية قد أدرج في المادة 698 منه ضمن الحالات التي يحظر فيها التسليم، حالة تخص وصف الجريمة المطالب من أجلها، فجاء في الفقرة الثانية من هذه المادة أنه " لا يقبل التسليم إذا كان للجناية أو الجنحة صيغة سياسية أو إذا تبين من الظروف أن التسليم مطلوب لغرض سياسي"، بينما جاء في الفقرة الرابعة من المادة 44 من إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد أنه " لا يجوز للدولة الطرف التي يسمح قانونها بذلك أن تعتبر أيا من الأفعال المجرمة وفقا للإتفاقية جرما سياسيا إذا ما اتخذت هذه الإتفاقية أساسا للتسليم". فيستنتج أنه إذا كانت الدولة من الدول التي تعترف بوجود جرائم سياسية كما هو الشأن بالنسبة للقانون الجزائري، فإنه لا يجوز لها إضفاء هذه الصفة على جرائم الفساد المنصوص عليها في الإتفاقية لترفض التسليم على شرط أن تكون إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد هي الأساس و المرجع في التسليم، أما إذا تمت المطالبة بالتسليم على أساس القانون الداخلي أو على أساس معاهدة تسليم تنص على حظر التسليم بشأن الجرائم السياسية فإن الحظر يبقى ساري المفعول. و مادام أن إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد لا تعد في القانون الجزائري أساسا قانونيا أصليا للتسليم فإن الغالب أن الصيغة السياسية للجريمة حتى و إن كانت من ضمن جرائم الفساد تعتبر سببا لرفض التسليم.

و مثلما إستبعدت الفقرة الرابعة من المادة 44 إعتبار جرائم الفساد من ضمن الجرائم السياسية لرفض التسليم بشأنها، فإنها إستبعدت أيضا رفض التسليم إستنادا لكون الجريمة

¹ كتب خطأ في نص المادة 697 ف (2) "...سنتين أو أقل..." بينما لم يتضمن النص باللغة الفرنسية هذا الخطأ فورد: "...deux ans ou au dessus..."

سبب التسليم جريمة ذات طابع مالي، حيث نصت الفقرة 16 من نفس المادة على أنه "لا يجوز للدول الأطراف أن ترفض طلب تسليم لمجرد أن الجرم يعتبر جرماً يتعلق بأمر مالي". أما بالرجوع لقانون الإجراءات الجزائية فإنه لم يتضمن هذه الحالة ضمن حالات رفض التسليم و بالتالي فإن تطبيق هذه الفقرة لا يطرح إشكال تعارض بين النصوص.

أما فيما يخص طلب التسليم الخاص بعدد من الجرائم إرتكبها الشخص المطلوب تسليمه فإن كان الأصل وفق الفقرة 5 من المادة 697 أنه لا يقبل التسليم إلا إذا كان الحد الأقصى للعقوبة المطبقة طبقاً لقانون الدولة طالبة لمجموع هذه الجرائم يساوي أو يجاوز الحبس لمدة سنتين، فإن الفقرة الثالثة من المادة 44 من إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد تجيز التسليم في هذه الحالة إذا كانت إحدى هذه الجرائم من جرائم الفساد و كانت باقي الجرائم الأخرى لها صلة بجرائم الفساد، فقد ترتبط جريمة الفساد بجريمة أخرى ذات عقوبة بسيطة لكنها ذات صلة بها ففي هذه الحالة يجوز للدولة أن تطبق عليها أحكام التسليم الواردة في هذه الفقرة. مع الملاحظة في الأخير أن هذه الفقرة لم يرد فيها ذكر شرط "أن تتخذ هذه الإتفاقية أساساً للتسليم" بل أجازت للدول تطبيق هذه المادة حتى في حالة الإستناد على القانون الداخلي على شرط أن يتعلق الأمر بجريمة فساد، فالأمر متروك للسلطة التقديرية للدولة.

الجزء الثالث: الشروط المتعلقة بالشخص محل التسليم

تنص المادة 695 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه "لا يجوز تسليم شخص إلى حكومة أجنبية ما لم يكن قد إتخذت في شأنه إجراءات متابعة عن جريمة منصوص عليها في هذا الباب أو حكم عليه فيها" و هذا بخلاف ما ورد في نص نفس المادة باللغة الفرنسية الذي لم يجرز التسليم إلا في حالة وجود إدانة¹، فإستناداً إلى النص باللغة العربية لا يجوز التسليم إلا بشأن الأشخاص المتهمين أو المحكوم عليهم و هذا ما لا يتعارض مع إتفاقية الأمم المتحدة، و قد أجازت هذه الأخيرة في الفقرة 15 من المادة 44 رفض

¹ Article 695 du code de procédures pénales : « Aucune remise ne pourra être faite à un gouvernement étranger de personne n'ayant pas été l'objet d'une **condamnation** pour une infraction prévue par le présent titre. »

التسليم إذا اكتشفت الدولة المطلوبة أن طلب التسليم قد قدم بغرض ملاحقة شخص أو معاقبته بسبب جنسه أو عرقه أو ديانته أو جنسيته أو أصله الإثني أو آرائه السياسية، أو أن الإمتثال للطلب سيلحق ضررا بوضعية ذلك الشخص لأي سبب من هذه الأسباب. فالأصل أنه يجوز تسليم أي شخص أجنبي متى توفرت شروط تسليمه¹.

أما فيما يخص الجزائريين فإن المبدأ المستقر عليه في مجال التسليم هو عدم تسليم الرعايا إلى دولة أجنبية، و هذا ما تكرسه المادة 696 صراحة في إعتبرها أن التسليم يخص غير الجزائريين، و كذلك المادة 698 ف(1) بنصها على عدم جواز تسليم الجزائريين. و قد إعتبرت إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بمبدأ عدم تسليم الدولة لرعاياها، و لكنها حاولت التخفيف من ما يترتب عنه من آثار سلبية من خلال تقرير بعض البدائل له، و المتمثلة أساسا في المحاكمة أو تنفيذ العقوبة أو التسليم المشروط بعودة الشخص مرة أخرى إلى دولته.

ففيما يخص البديل الأول فقد نصت عليه الفقرة 11 من المادة 44 على سبيل الوجوب، إذ أوجبت هذه الفقرة على الدولة التي ترفض تسليم أحد رعاياها المتابع بإحدى جرائم الفساد في الدولة طالبة، أن تقوم بإحالة القضية على سلطاتها الخاصة قصد المتابعة، لتتخذ كافة الإجراءات المتبعة بشأن أي جريمة خطيرة وفق القانون الداخلي، و بالتالي كرس هذا النص مبدأ التسليم أو المحاكمة. و ينعقد الإختصاص للدولة المطلوبة طبقا لمبدأ الشخصية بالنسبة للدولة التي تأخذ به كالجزائر²، أما إذا كان قانون الدولة المطلوبة لا يأخذ بمبدأ الشخصية فإن تطبيق هذه المادة يطرح مشكل معيار عقد الإختصاص للقاضي الوطني و لن يحل هذا المشكل إلا الأخذ بمبدأ العالمية فيما يخص جرائم الفساد.

أما فيما يخص بديل تنفيذ العقوبة فقد نصت عليه الفقرة 13 من المادة 44 ، بحيث جاء فيها أنه إذا رفض طلب تسليم مقدم لغرض تنفيذ حكم قضائي بحجة أن الشخص

¹ مع مراعاة حالات عدم جواز التسليم المنصوص عليها في المادة 696 من قانون الإجراءات الجزائية.
² نص قانون الإجراءات الجزائية على مبدأ الشخصية في المادتين 582 و 583.

المطلوب تسليمه هو من مواطني الدولة الطرف متلقيه الطلب، ووجب على هذه الأخيرة إذا كان قانونها الداخلي يسمح بذلك أن تنظر بناء على طلب الدولة الطرف الطالبة في إنفاذ العقوبة المفروضة بمقتضى القانون الداخلي للدولة الطرف الطالبة أو ما تبقى منها. يعتبر هذا البديل بمثابة تكريس للإعتراف بحجية الحكم الجنائي الأجنبي و هو ما يمثل أحد مظاهر تطور القانون الجنائي الدولي. و الملاحظ أخيرا أن إتفاقية الأمم المتحدة جعلت هذا الإجراء مشروطا من جهة بأن يكون القانون الداخلي يجيزه و من جهة أخرى أن يكون بطلب من الدولة طالبة التسليم.

أما فيما يخص البديل الثالث المتمثل في التسليم المشروط بعودة الشخص مرة أخرى إلى دولته فقد نصت عليه الفقرة 12 من المادة 44 و قد قيدته بحالة إجاز القانون الداخلي لتسليم رعايا الدولة بشرط إعادتهم إلى دولتهم لقضاء العقوبة المحكوم بها عليه، بعد المحاكمة أو الإجراءات التي طلب تسليمه من أجلها ، لكن بالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية و بالخصوص إلى المادة 701 ف(2) نجدتها تجيز إرسال الأجنبي¹ مؤقتا للمثول أمام محاكم الدولة الطالبة على أن يشترط صراحة أن يعاد بمجرد قيام القضاء الأجنبي بالفصل في الجريمة. مما يستنتج منه أن البديل الثالث لا يمكن إعماله في القانون الجزائري إلا بالنسبة للأجانب مادام أن الفقرة 12 إشتطرت أن يجيز القانون الداخلي هذا البديل و هو ما لم يفعله المشرع الجزائري بالنسبة للمواطنين.

الفرع الثاني: توسيع نطاق التعاون لإقامة الأدلة على جرائم الفساد

إن كان تسليم المجرمين يعتبر من أهم مظاهر التعاون الدولي في مجال إلقاء القبض على المجرمين فإن إطار هذا التعاون قد إتسع بإتساع رقعة الجرائم العابرة للحدود ليشمل مجموعة من الإجراءات ترمي إلى تسهيل البحث عن أدلة هذه الجرائم و هذا ما تضمنته إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد من خلال نصها على إجراءات نقل الأشخاص و الإجراءات و نصها على التعاون في مجال التقصي و الإستدلال و أخيرا على المساعدة القانونية المتبادلة، و فيما يلي نشير لكل نوع من هذه الإجراءات

¹ إذا كان موضوع متابعة في الجزائر أو كان قد حكم عليها فيها و طلب تسليمه بسبب جريمة مغايرة.

الجزء الأول: نقل الأشخاص و الإجراءات

يعتبر نقل الأشخاص و الإجراءات إحدى صور التعاون القضائي بين الدول في مكافحة جرائم الفساد. ويقصد بنقل الأشخاص نقلهم من الدولة التي يوجدون فيها إلى دولة أخرى إما بوصفهم محكوم عليهم فيتم نقلهم لإكمال مدة العقوبة في البلد الطالب وإما باعتبارهم شهودا في إحدى قضايا الفساد فيتم نقلهم بغرض أو بهدف التعرف والادلاء بشهادة أو تقديم مساعدة. و هذا ما سنتعرض له في فقرة أولى في حين نخصص الفقرة الثانية للإشارة إلى شروط نقل الأشخاص

1/ حالات نقل الأشخاص:

نصت المادة 45 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على أنه " يجوز للدول الأطراف أن تنتظر في إبرام اتفاقات أو ترتيبات ثنائية أو متعددة الأطراف بشأن نقل الأشخاص المحكوم عليهم بعقوبة الحبس أو أية عقوبة أخرى سالبة للحرية لارتكابهم أفعالا مجرمة وفقا للاتفاقية إلى إقليمها لكي يكملوا مدة عقوبتهم هناك".

وانطلاقا من هذه المادة يعتبر الأخذ بهذا الإجراء من قبيل الاعتراف بحجية الأحكام الجزائية الأجنبية وهو ما يمثل تطورا هاما على صعيد القانون الجنائي الدولي.

كما يستشف منها أن لنقل الأشخاص المحكوم عليهم من دولة صدور الحكم إلى دولة التنفيذ أهمية قانونية وجدوة عملية في ذات الوقت، إذ أن هذا الإجراء يعتبر بديلا عن التسليم انطلاقا من أن الدولة أثرت محاكمة المتهم الموجود في إقليمها بدلا من تسليمه وفقا لمبدأ "إما التسليم أو المحاكمة" فتبرز الأهمية القانونية خاصة في حالة انتفاء أحد شروط التسليم، أما عن الأهمية العملية فالمحكوم عليه والمنتمي إلى جنسية الدولة التي تطلب نقله إليها يكون قريبا من أهله وذويه فيتيسر عليهم زيارته.

إضافة إلى ما سبق بيانه هنالك حالة أخرى يتم فيها نقل الأشخاص المحكوم عليهم أو الشهود أو الخبراء من دولة إلى أخرى في إحدى جرائم الفساد وردت في إطار

المساعدة القانونية المتبادلة المنصوص عليها في المادة 46 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد إذ نصت في فقرتها 10 على جواز نقل الأشخاص المحكوم عليهم الموجودين في دولة أخرى بغرض التعرف أو الإدلاء بشهادة أو تقديم مساعدة أخرى في الحصول على أدلة من أجل تحقيقات أو ملاحقات أو إجراءات قضائية تتعلق بجرائم الفساد في حين نجد أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 3/724 من قانون الإجراءات الجزائية حصر الغرض من طلب نقل الأشخاص المحكوم عليهم في إجراء مواجهة، أما فيما يخص نقل الشهود و الخبراء والذي يظهر خاصة في إطار المساعدة القانونية المتبادلة المنصوص عليه في المادة 18/46 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتي يقابلها على الصعيد الداخلي المادة 724 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري فإنه يتم بهدف الإدلاء بما لديهم من معلومات أو خبرة تتعلق بإحدى جرائم الفساد.

2/ شروط نقل الأشخاص

نصت إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على جملة من الشروط التي يخضع لها نقل الأشخاص منها ما يتعلق بالشخص المنقول و منها ما يتعلق بالدولة التي يطلب منها النقل ومنها ما يتعلق بالدولة التي ينتقل إليها الشخص.

- أما فيما يتعلق بالشخص المطلوب نقله إشتراطت وجوب قبوله وموافقته الصريحة والإرادية أي دون أن تمارس عليه أية ضغوط أو إكراه أو تهديد كما اشرتطت أن يكون عالما بالهدف الذي من أجله تطالب الدولة الأخرى بنقله إليها. وذلك تطبيقا لمبدأ القبول الطوعي إلا أننا نتساءل لماذا لم ينظم المشرع الجزائري هذه المسألة في قانونه الداخلي .

- كما أوجبت الاتفاقية موافقة السلطة المختصة في الدولة التي يطلب منها نقل الشخص ولهذه الأخيرة أن تقرر موافقتها بالشروط التي تراها مناسبة متى قبلتها الدولة طالبة النقل مع ضرورة أن تخصم المدة التي يمضيها في الدولة الأخرى أي التي نقل إليها.

- كما أوقعت الإتفاقية على عاتق الدولة التي ينتقل إليها الشخص القسط الأكبر من الشروط إذ يجب أن تلتزم بإبقاء الشخص المنقول محجوزا ما لم يتم الإتفاق على غير ذلك، كما تلتزم بإرجاع الشخص المنقول إلى الدولة الطرف التي نقل منها دون إبطاء حسبما إتفق عليه مسبقا بين الدولتين ، كما يحظر عليها البدء في اتخاذ إجراءات التسليم لهذا الشخص منعا للتحايل ، كما يحظر عليها متابعة الشخص المنقول مهما كانت جنسيته وكذا حظر احتجازه أو معاقبته أو فرض أي قيود أخرى على حريته الشخصية بسبب أي فعل أو امتناع أو حكم إدانة سابق لمغادرته إقليم الدولة التي نقل منها ما لم توافق على ذلك الدولة الطرف التي نقل منها .

إلا أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 724 من قانون الإجراءات الجزائية أخضع عملية نقل الأشخاص المحكوم عليهم لموافقة الدولة الموجودين فيها وعلق هته الموافقة على ثلاثة شروط ، يتمثل الشرط الأول في ضرورة إعادة الشخص المحبوس في أقصر مدة بينما نصت إتفاقية الأمم المتحدة صراحة على وجوب إرجاع المحكوم عليه دون إبطاء وفقا لما تم الإتفاق عليه مسبقا بين الدولتين ، أما الشرط الثاني فيتمثل في عدم جواز متابعة المحكوم عليه أو المحبوس عن أفعال أو أحكام سابقة على طلب حضوره مع الملاحظة أنه لم يقيد الشرط بموافقتها كما فعلت الإتفاقية الدولية التي أجازت الاحتجاز و العقاب وفرض القيود على حرية الشخص المحكوم عليه المنقول وذلك بسبب أفعال أو امتناع أو حكم إدانة سابق لمغادرته إقليم الدولة التي نقل منها إذا ما وافقت على ذلك هته الأخيرة من خلال نص المادة 12\46 من الإتفاقية ومنه فقد منح المشرع الجزائري للشخص المنقول ضمانات إضافية .

وتخضع إجراءات نقل الشهود و الخبراء لذات الشروط السابق ذكرها. و قد نص المشرع على هذا الإجراء في نص المادة 724 من قانون الإجراءات الجزائية التي نصت على أنه: " إذا رأت حكومة أجنبية في دعوى جنائية أنه من الضروري مثل شاهد في الجزائر فإن الحكومة الجزائرية التي تخطر بالتبليغ الدبلوماسي تدعو الشاهد المذكور إلى تلبية الاستدعاء الموجه إليه. ومع ذلك لا يسلم هذا التبليغ إلا بشرط عدم جواز متابعة

الشاهد أو حبسه عن أفعال أو أحكام سابقة على طلب حضوره ". والملاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع أغفل النص على وجوب قبول الشاهد طبقاً لمبدأ القبول الطوعي السالف شرحه، في حين علقت الدولة المتلقية الطلب قبولها على موافقة الدولة الطالبة على عدم متابعة الشاهد أو حبسه عن أفعال أو أحكام سابقة على طلب حضوره دون أن تقيده بموافقتها كما فعلت الاتفاقية وربما تركت تنظيم هذه المسائل إلى الإتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف. كما جاء في نص المادة 12/46 من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد أنه ينتهي ضمان عدم التعرض هذا متى بقي الشاهد أو الخبير أو الشخص الآخر بمحض إرادته في إقليم الدولة الطالبة بعد أن تكون قد أتيحت له فرصة المغادرة خلال مدة 15 يوماً متصلة أو أي مدة تتفق عليها الدولتان الطرفان اعتباراً من التاريخ الذي أبلغ فيه رسمياً بأن وجوده لم يعد لازماً للسلطات القضائية أو متى عاد إلى ذلك الإقليم بمحض إرادته بعد أن يكون قد غادره.

وفي حالة عدم إمكان مثل الشخص المعني شخصياً في إقليم الدولة الطالبة أو صعوبة ذلك فقد أجازت إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد من خلال نص المادة 18/46 أن يتم تلقي معلومات وخبرة هؤلاء دون حاجة إلى إنتقالهم الفعلي إلى دولة أخرى عن طريق جلسات الفيديو ووسائل الاتصال الحديثة .

كما يجوز للدولتين الطرف أن تتفقا على أن تتولى إدارة جلسة الإستماع سلطة قضائية تابعة للدولة الطرف متلقية الطلب، كما تتم جلسات الإستماع وفقاً لقانون الدولة متلقية الطلب لأنه ضرب من ضروب المساعدة القضائية المتبادلة وفقاً لنص المادة 17/36 من الإتفاقية.

أما نقل الإجراءات فهي صورة تطرح في حالة تعدد الولايات القضائية على نحو تتوافر فيه لدولتين ولاية قضائية تتيح لهما ملاحقة المتهم، فبدلاً من قيام هذا النزاع الإيجابي في الإختصاص تقوم إحدى الدولتين بنقل الإجراءات التي باشرتها لصالح دولة أخرى تكون متخصصة بدورها بملاحقة المتهم ومثال ذلك أن تقوم بنقل بعض المحاضر

أو إفادات الشهود أو المواد الجرمية المضبوطة بغرض السير الحسن للعدالة وذلك تطبيقاً لنص المادة 47 من الإتفاقية، كما نلاحظ من خلال نصوص الإتفاقية أنها لم تنطرق إلى تنظيم كيفية نقل الإجراءات بالتفصيل وأثرت الاكتفاء بنص عام تاركة تنظيمه إلى الإتفاقيات الثنائية في مجال التعاون القضائي التي تتكفل عادة بتبيان نظم وأشكال نقل الإجراءات، و فيما يلي نتعرض إلى مظهر آخر من مظاهر التعاون الدولي و ذلك في مجال التقصي و الإستدلال.

الجزء الثاني: التعاون في مجال التقصي و الإستدلال

لقد تعرضت إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد إلى مبدأ التعاون و آلياته في مجال التقصي و الإستدلال تحت عنوان " التعاون في مجال إنفاذ القانون ". و قد نصت المادة 48 من الإتفاقية حصرياً على صور هذا التعاون ، فتمثل الصورة الأولى في التعاون مع الدول الأطراف فيما يتعلق بالجرائم المشمولة بهذه الإتفاقية على إجراء تحريات بشأن هوية الأشخاص المشتبه في ضلوعهم في تلك الجرائم و أماكن تواجدهم و أنشطتهم أو أماكن الأشخاص المعنيين الآخرين، كذلك الشأن فيما يخص حركة العائدات الإجرامية أو الممتلكات المتأتية من إرتكاب تلك الجرائم و كذا حركة تلك الممتلكات أو المعدات أو الأدوات الأخرى المستخدمة أو المراد إستخدامها في إرتكاب تلك الجرائم.

أما الصورة الثانية فتمثل عند الإقتضاء بتوفير الأصناف أو الكميات اللازمة من المواد لأغراض التحليل و التحقيق بينما تتمثل الصورة الثالثة في تبادل المعلومات عند الإقتضاء مع الدول الأطراف الأخرى بشأن وسائل و طرق معينة تستخدم في إرتكاب الجرائم المشمولة بهذه الإتفاقية بما في ذلك إستخدام هويات زائفة أو وثائق مزورة أو غيرها من وسائل إخفاء الأنشطة، وقد نصت الإتفاقية أيضاً على ضرورة تبادل المعلومات و تنسيق ما يتخذ من تدابير إدارية و تدابير أخرى حسب الإقتضاء بغرض الكشف عن الجرائم المشمولة بها هذا بالإضافة إلى الأخذ بأساليب التحري الخاصة.

نشير في الأخير إلى أن إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد دعت الدول في مادتها 49 إلى إنشاء هيئات تحقيق مشتركة تقوم بمباشرة التحقيقات أو الملاحقات أو الإجراءات القضائية في دولة واحدة أو أكثر. و إن كان إنشاء مثل هذه الهيئات يعتبر آلية جديدة في مجال التعاون القضائي الدولي فإنه يبقى أن تجسيد هذا الإجراء واقعا مازال يبدو مبكرا نظرا لإرتباطه الوثيق بالسيادة الوطنية¹.

الجزء الثالث: المساعدة القانونية المتبادلة:

تعتبر المساعدة القانونية المتبادلة من أهم الوسائل التي يتم بها التعاون الدولي لمكافحة الإجرام العابر للحدود عموما وجرائم الفساد خصوصا من خلال ملاحقة مرتكبيه سواء في مرحلة الإستدلال أو مرحلتى التحقيق أو المحاكمة، إذ نظمت الإتفاقية الدولية لمكافحة الفساد موضوع المساعدة القانونية المتبادلة في إطار التعاون الدولي بنصها في المادة 1/46 على أنه "تقدم الدول الأطراف بعضها إلى بعض أكبر قدر ممكن من المساعدة القانونية المتبادلة في التحقيقات و الملاحقات والإجراءات القضائية المتصلة المشمولة بهذه الإتفاقية".

والأصل أن الأساس القانوني للمساعدة القانونية المتبادلة يتمثل فيما يوجد بين الدول المعنية من إتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف وفي حال لم تكن الدول المعنية مرتبطة بمعاهدات لتبادل المساعدات القانونية فإن إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد تمثل أساسا قانونيا تعاهديا لإجراء المساعدة القانونية، إلا أنه يمكن القول بالنظر إلى تعدد الاتفاقيات و الصكوك الدولية في مجال المساعدة القانونية المتبادلة أن الأصل هو إعطاء الأولوية لهذه الاتفاقيات سواء الثنائية أو المتعددة الأطراف بخلاف إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي تبقى أساسا تعاهديا يلجأ إليه عند الضرورة وهذا ما ذهبت إليه المادة 6/46،7 من الإتفاقية.

¹ سليمان عبد المنعم، ظاهرة الفساد، دراسة في مدى مواءمة التشريعات العربية لأحكام إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، بحث منشور على شبكة الأنترنت، موقع الأمم المتحدة، <http://www.undp-pogar.org/arabic>، ص.135.

وتتنوع صور المساعدة القانونية بحسب طبيعة الإجراء الواجب مباشرته وما إذا كان يتعلق بأدلة الجريمة أو المعلومات المتعلقة بظروف وملابسات ارتكابها أو بالعائدات المتحصل عنها أو الأشخاص المتهمين بها وبالتالي يمكن القول أن لها ثلاث صور:

– الصورة الأولى تتمثل في المساعدة التلقائية وهي التي تقوم بها الدولة طواعية لصالح دولة أخرى وذلك دون أن يكون بناء على طلب من هته الأخيرة كما ورد في المادة 4/46 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد مما يبين أن هذه الصورة لا تحتاج لأدنى شروط بل تتم بمحض إرادة الدولة وفيما لا يتعارض مع قانونها الداخلي وقد تكون هذه المساعدة تمهيدا لأن تطلب الدول الأخرى إجراء آخر من إجراءات المساعدة .

– وتتمثل الصورة الثانية في المساعدة بناء على طلب والتي عدت الاتفاقية مظاهرها في المادة 2/46 و هي: الحصول على أدلة أو أقوال أشخاص، تبليغ المستندات القضائية، تنفيذ عمليات التفتيش و الحجز والتجميد، فحص الأشياء والمواقع، تقديم المعلومات و الموارد والأدلة وتقييمات الخبراء، تقديم أصول المستندات والسجلات ذات الصلة، بما فيها السجلات الحكومية أو المصرفية أو المالية أو سجلات الشركات أو المنشآت التجارية أو نسخ مصدقة منها، تحديد العائدات الإجرامية أو الممتلكات أو الأدوات أو الأشياء الأخرى أو اقتفاء أثرها لأغراض إثباتية، تيسير مثول الأشخاص طواعية في الدول الطالبة، إستبانة عائدات الجريمة وفقا لأحكام إسترداد الموجودات وتجميدها وإقتفاء أثرها، إسترداد الموجودات، و أخيرا أي نوع آخر من المساعدة لا يتعارض مع القانون الداخلي للدولة الطرف متلقية الطلب.

– أما عن الصورة الثالثة فتتمثل في المساعدة المشروطة والتي تعتبر مساعدة بناء على طلب مقترنة بشروط يفرضها ضمنا تعدد الإختصاص بين الدولتين أو تشتراطها صراحة الدولة التي تقدم المساعدة. و ضمانا لعدم المساس بما يجري من تحريات وإجراءات جنائية تبرز في حالة تعدد الاختصاص بين دولتين أو تعدد الولايات

القضائية، يحق للدولة التي باشرت الإجراءات بشأن نفس الجرم أن تستجيب لطلب المساعدة القضائية بما ليس فيه مساس بما تقوم به هي على إقليمها من إجراءات.

كما قد تكون المساعدة القانونية مشروطة صراحة بطلب الكتمان سواء مؤقتا لمدة زمنية أو جزئيا بفرض قيود على استخدام هذه المعلومات أو بعضها. وتلتزم الدولة المتلقية الطلب بهذا الشرط إلا في الحالة التي يترتب على إفشاء هذه المعلومات تبرئة المتهم، وهنا وجب عليها أن تبلغ أولا الدولة المرسلة قبل إفشاء المعلومات وإن تعذر عليها ذلك لظرف استثنائي وجب عليها إبلاغها لاحقا بهذا الإفشاء دونما تأخير.

وثمة ثلاثة قيود ترد على المساعدة القانونية التي تتبادلها الدول في مكافحة الفساد وملاحقة مرتكبيه أوردتها المادة 27،20،19/46 من إتفاقية الأمم المتحدة وهي التقيد بمضمون الطلب و الحفاظ على سرية المعلومات و عدم التعرض للشهود والخبراء لما لهم من حصانة يتمتعون بها من عدم جواز ملاحظتهم أو احتجازهم أو الحكم عليهم.

تتم المساعدة القانونية بين الدول بشأن إحدى جرائم الفساد بواسطة طلب مكتوب تقدمه دولة إلى أخرى وينفذ الطلب وفقا للقانون الداخلي للدولة متلقية الطلب وهو أمر تتفق عليه الدولتان. و الأصل أنه توجد سلطة مركزية في كل دولة تضطلع بإجراءات المساعدة القانونية وقد تكون هذه السلطة وزارة الخارجية إذ جرى العمل على أن توجه الطلبات بالطريق الدبلوماسي ثم تقوم هي بتنفيذ الطلب، ولكن هذا لا يمنع أن تقوم الدولة وفقا للاتفاقية بتعيين السلطة التي تتلقى الطلب وهذا ما يعني إمكان أن يكون وزير العدل أو أي وزير آخر أو عن طريق المنظمة الدولية للشرطة الجنائية إن أمكن متى اتفقت الدولتان على ذلك.

ويمكن رد حالات رفض طلب المساعدة القانونية إلى ثلاثة أسباب يرتبط الأول بشكل الطلب الذي يجب أن يتضمن البيانات المنصوص عليها في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في مادتها 21/46(أ) وما ورد في الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف، أما الثاني فهو سياسي ويكون متى رأت الدولة متلقية الطلب أن تنفيذ الطلب يمس

بسيادتها أو أمنها أو نظامها أو مصالحها الأساسية الأخرى، أما الأخير فهو قانوني وله ثلاث حالات: إنتفاء ازدواجية التجريم، إذا ما كان القانون الداخلي للدولة متلقية الطلب يحظر على سلطاتها تنفيذ الإجراء المطلوب بشأن أي جرم مماثل ولو كان ذلك الجرم خاضعا لتحقيق أو ملاحقة أو إجراءات قضائية في إطار ولايتها القضائية و أخيرا متى تعارضت تلبية الطلب مع النظام القانوني للدولة متلقية الطلب فيما يتعلق بالمساعدة القانونية المتبادلة.

نستخلص من دراسة هذا المطلب أن إمتداد خطورة جرائم الفساد على الصعيد الدولي حتمت على دول العالم أن توافق على التعاون فيما بينها في تطوير آليات التعاون الدولي الموجودة في مجال متابعة المجرمين من جهة و في إستحداث آليات تعاون جديدة كانت في الأصل ذات طابع وطني. و بذلك تمت معالجة بعض الإشكالات التي كانت تطرحها مسألة تسليم المجرمين من جهة و تم تعزيز التعاون في مجال نقل الأشخاص و الإجراءات و إقامة الأدلة من جهة أخرى، إلا أن التعاون الدولي يمتد أيضا لمرحلة ما بعد ثبوت جرائم الفساد بالإدانة من خلال آليات إسترداد العائدات الإجرامية و هي مسألة ستدرس في إطار المبحث الثاني المخصص للأحكام الجزائية لجرائم الفساد إلى جانب الجزاءات التي توقع على الصعيد الوطني.

المبحث الثاني: الأحكام الجزائية الخاصة بجرائم الفساد

يعتبر توقيع الجزاء الجنائي بمثابة نتيج لعملية ملاحقة مجرمي الفساد و ثبوت إدانتهم بحكم نهائي و هو بذلك يأتي في نهاية مسار إجراءات الدعوى العمومية و إن كان تحديده سابقا على نشأتها إستنادا إلى مبدأ الشرعية الجنائية. و تحديد الجزاء الجنائي بالنسبة لجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية إن كان يعتمد أساسا على النصوص التجريبية لكل جريمة على حدة فهو يستنتج أيضا من الأحكام العامة للقانون 01/06 التي لا تخص جريمة واحدة على الخصوص، و لعل ما يميز ما جاء في هذا القانون هو التفصيل في مسألة إسترداد العائدات الإجرامية التي و إن كانت تعبر على مظهر من مظاهر التعاون الدولي فهي تعتبر أساسا إجراء تابعا لمصادرة الأموال ذات

المصدر الإجرامي و هذا ما يبرر دراستها في هذا المبحث، و بالتالي سيتم التعرض أولاً إلى الأحكام الجزائية ذات الطابع الداخلي ثم إلى الأحكام الجزائية ذات الطابع الخارجي، مع الإشارة قبل ذلك إلى أن القانون 01/06 قد نص في المادة 52 منه على معاقبة الشروع في جرائم الفساد بنفس عقوبة الجريمة التامة¹ و أحال على قانون العقوبات فيما يتعلق بالأحكام المتعلقة بالمشاركة.

المطلب الأول: الجزاء الجنائي الداخلي

لقد نص القانون 01/06 بالنسبة لكل جريمة من جرائم الفساد على حدة على عقوبات أصلية² كما نص في المادة 50 منه على إمكانية النطق بعقوبات تكميلية في حالة الإدانة بإحدى جرائم الفساد، هذا و قد تضمن ذات القانون أحكاماً خاصة بمصير ما ينتج عن جرائم الفساد من أموال أو من عقود و ذلك ضمن الأحكام الخاصة بالتجميد أو الحجز أو المصادرة المنصوص عليها في المادة 51 و كذلك الأحكام الخاصة بآثار الفساد المنصوص عليها في المادة 55. و على هذا الأساس سنخصص العنوان الأول لدراسة العقوبات الأصلية لجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، ثم عنوان ثانٍ للعقوبات التكميلية.

الفرع الأول: العقوبات الأصلية لجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية

لا تختلف العقوبات الأصلية لجرائم الفساد عن تلك المنصوص عليها في قانون العقوبات و هي العقوبة السالبة للحرية و الغرامة، لكن يبقى أنه من الضروري فحص كيف حدد المشرع هاتين العقوبتين بالنسبة لجرائم الفساد أولاً بالنسبة للشخص الطبيعي ثم بالنسبة للشخص المعنوي.

¹ تطبيقاً لحكم المادة 31 من قانون العقوبات.

² تطبيقاً لمبدأ الشرعية الجنائية المقرر بالمادة الأولى من قانون العقوبات.

الجزء الأول: العقوبات الأصلية بالنسبة للشخص الطبيعي

لقد جنح المشرع كل جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية و بالتالي تتمثل عقوباتها الأصلية في الحبس و الغرامة.

و الملاحظ أن المشرع قد سوى في العقاب بين جريمة منح إمتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية و جريمة الرشوة و هذا خلافا لما فعله المشرع الفرنسي الذي حدد عقوبة أخف للجريمة الأولى. أما مقدار العقوبة الذي إختاره المشرع بالنسبة لجريمة الرشوة و لجريمة منح الإمتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية و لجريمة رشوة الموظفين العموميين الأجبيين و لجريمة إستغلال النفوذ و لجريمة الغدر و لجريمة الإختلاس و لجريمة إساءة إستغلال الوظيفة و كذلك لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية إلى جانب جريمة الإخفاء، فهو الحبس من سنتين إلى 10 سنوات و الغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج.

فبالنسبة للعقوبة السالبة للحرية فإن نصوص القانون 01/06 لم تختلف عن ما كان منصوص عليه في قانون العقوبات ماعدا بالنسبة لجرائم إستغلال النفوذ و أخذ فوائد بصفة غير قانونية و كذلك جريمة الإخفاء، فبالنسبة لهذه الجرائم جاء القانون 01/06 مشددا للعقوبة السالبة للحرية التي كان مقدارها الحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات.

أما بالنسبة للغرامة فقد عدل مقدارها بالنسبة لما كان عليه في قانون العقوبات و هو حد أدنى محدد ب 500 دج و حد أقصى يتراوح ما بين 5.000 دج و 10.000 دج و هذا تعديل مبرر نظرا لتفاهة قيمة مقدار الغرامة المنصوص عليها سابقا.

هذا و قد تميزت جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 27 من القانون 01/06 بعقوبة مشددة عن سائر الجرائم السالفة الذكر، بحيث خصها المشرع بعقوبة قدرها الحبس لمدة تتراوح ما بين 10 و 20 سنة و الغرامة ما بين 1.000.000 دج و 2.000.000 دج، علما أن قانون العقوبات في المادة 128

مكرر الملغاة كان يعتبر هذه الجريمة جنائية و يعاقب عليها بالسجن ما بين 5 و 20 سنة و الغرامة ما بين 100.000 دج و 5.000.000 دج. فقد عدل القانون 01/06 تصنيف هذه الجريمة من جنائية إلى جنحة لكن مع تشديد مدة الحد الأدنى للعقوبة السالبة للحرية برفعه إلى 10 سنوات بدلا من خمسة، و كذلك رفع الحد الأدنى للغرامة إلى 1.000.000 دج بدلا من 100.000 دج لكن مع تخفيض الحد الأقصى للغرامة 5.000.000 دج إلى 2.000.000 دج.

و بمقارنة تجنيح المشرع لجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية مع مقدار العقوبات المطبقة على هذه الجرائم، نلاحظ خروج المشرع عن المقدار الأصلي للعقوبات كما هو منصوص عليه في المادة 5 من قانون العقوبات التي تحدد مدة الحبس بالنسبة للجنح ما بين شهرين و 5 سنوات بينما المدة التي تتراوح ما بين 5 و 20 سنة فهي مدة عقوبة السجن الخاصة بالجنايات و ذلك وفقا لما أجازته المادة 5 من قانون العقوبات بإستعمالها عبارة " ...ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدود أخرى." و في هذا الإطار يطرح التساؤل حول عدم تصنيف المشرع لهذه الجرائم ضمن الجنايات. و لعل الإجابة تجد إطارها في مجال دراسة مبررات التجنيح القانوني، التي نذكر منها حرص المشرع على تبسيط إجراءات المتابعة و المحاكمة بالنسبة لهذه الجرائم و هو الأمر المتوفر في الجنح أكثر منه في الجنايات.

الجزء الثاني: العقوبات الأصلية بالنسبة للشخص الإعتباري

لم يكن القانون الجزائري ينص على المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي إلى غاية تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 15/04 المؤرخ في 2004/11/10 بحيث تم تكريس هذه المسؤولية من خلال إدراج باب جديد في قانون العقوبات و هو الباب الأول مكرر الذي يتضمن العقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية كما أضيفت مادة جديدة في الفصل الخاص بالمسؤولية الجزائية و هي المادة 51 مكرر التي تكرر صراحة مسؤولية الشخص المعنوي. فقد سجل القانون الجزائري تحولا عن الاتجاه التقليدي الراض

للمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي و ذلك نظرا لتغير النظام الاقتصادي بالانتقال من النظام الاشتراكي إلى نظام الاقتصاد الحر مع ما يصاحب ذلك من تحولات في المجال الاقتصادي لا سيما تحرير المعاملات الاقتصادية و فتح السوق للمنافسة الحرة الوطنية و حتى الأجنبية التي غالبا ما تمارس من قبل شركات تجارية و ليس أشخاصا طبيعية كما هو الشأن بالنسبة للأشخاص المترشحة للصفقات العمومية، و بالتالي كان من الضروري أن يتدخل المشرع لضمان عدم إفلات الشخص المعنوي من العقوبة الجنائية من خلال هذا التعديل. و من ضمن شروط معاقبة الشخص المعنوي أن ينص القانون على المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي بالنسبة للجريمة المرتكبة بصفة خاصة و هذا ما فعله المشرع في القانون 01/06 في المادة 53 بحيث جاء فيها أنه: " يكون الشخص الإعتباري مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات". و قد حددت المادة 18 مكرر ف(1) العقوبة الأصلية التي تطبق على الشخص الإعتباري بالغرامة التي تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة هذا و قد وضحت المادة 18 مكرر 2 كيفية إحتساب الغرامة عندما لا ينص القانون عليها بالنسبة للأشخاص الطبيعية في الجنايات و الجرح أي كيفية إستبدال العقوبة السالبة للحرية بالغرامة¹.

الفرع الثاني: العقوبات التكميلية لجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية

لقد نصت المادة 50 من القانون 01/06 على أنه: "في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في القانون 01/06، يمكن للجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات".

و قد نصت المواد من 9 إلى 18 من قانون العقوبات على العقوبات التكميلية² واستحدثت م 9 المعدلة عقوبات تكميلية جديدة و هي الإقصاء من الصفقات العمومية

¹ أنظر المادة 18 مكرر 2 من قانون العقوبات للإطلاع على التفاصيل.
² مع الإشارة إلى أن قانون العقوبات قد عدل بموجب القانون 23/06 الذي ألغى التصنيف الثلاثي للعقوبات المتمثل في العقوبات الأصلية و العقوبات التبعية و العقوبات التكميلية و استبدله بتصنيف ثنائي يقتصر على العقوبات الأصلية و العقوبات التكميلية، و

و الحظر من إصدار الشيكات أو استعمال بطاقات الدفع و أخيرا تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغائها أو المنع من استصدار رخصة جديدة. هذا مع بقاء العقوبات التكميلية السابقة المتمثلة في تحديد الإقامة و المنع منها و كذلك المصادرة الجزئية للأموال و حل الشخص الاعتباري و نشر الحكم.

فالقانون قد أمد القاضي الجنائي الناظر في قضايا الفساد بعدة عقوبات تكميلية يمكنه النطق بها، مما يجعله يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في مجال إختيار العقوبات التكميلية على أنه بالنسبة للشخص الاعتباري يتقيد بما جاء في المادة 18 مكرر بند(2). و نخصص فيها يلي عنوانا لدراسة نوعين من هذه العقوبات نظرا لعلاقتها المباشرة بجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية و نظرا لجواز الحكم بهما سواء بالنسبة للشخص الطبيعي أو بالنسبة للشخص الاعتباري و هي عقوبة المصادرة و عقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية .

الجزء الأول: عقوبة المصادرة

لقد نص قانون العقوبات في المادة 9 ف 5 على المصادرة بإعتبارها عقوبة تكميلية، و عرفتها المادة 15 منه على أنها: " الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة، أو ما يعادل قيمتها عند الاقتضاء"¹. وقد نصت المادة 15 مكرر 1 على أنه " في حالة الإدانة بإرتكاب جناية، تأمر المحكمة بمصادرة الأشياء التي إستعملت أو كانت ستستعمل في تنفيذ الجريمة أو التي تحصلت منها و كذلك الهبات أو المنافع الأخرى التي إستعملت لمكافأة مرتكب الجريمة مع مراعاة حقوق الغير حسن النية"، أما الفقرة الثانية

بالتالي قد تم إلغاء العقوبات التبعية أي تلك التي كانت تترتب على العقوبات الأصلية و التي لا يصدر الحكم بها و إنما تطبق بقوة القانون و التي كان منصوص عليها في المواد 7 و 8 الملغاة هذا و قد قسم النص الجديد للمادة 4 العقوبات التكميلية الى عقوبات تكميلية إجبارية و عقوبات تكميلية اختيارية. و الملاحظ في هذا الإطار أن المادة 9 المعدلة المتعلقة بالعقوبات التكميلية قد توسعت أولا من خلال إدماج العقوبات التي كانت توصف بالتبعية أي الحجر القانوني و الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية و المدنية و العائلية ضمن العقوبات التكميلية هذا من جهة و من جهة أخرى إدراج المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط ضمن العقوبات التكميلية بعد أن كان تدبيراً من تدابير الأمن الشخصية، كذلك الشأن بالنسبة لإغلاق المؤسسة الذي كان يعتبر تدبير أمن عيني،

¹ و حددت إستثناء ما لا يجوز مصادرته .

من المادة 15 مكرر 1 فقد نصت على أنه: " في حالة الإدانة بارتكاب جنحة أو مخالفة يؤمر بمصادرة الأشياء التي استعملت أو التي كانت ستستعمل في تنفيذ الجريمة أو التي تحصلت منها وجوبا إذا كان القانون ينص صراحة على هذه العقوبة، و ذلك مع مراعاة حقوق الغير حسن النية"¹. فيستخلص من صياغة نص المادة 15 مكرر 1 أن المصادرة عقوبة تكميلية إجبارية يأمر بها القاضي و ليست مثلا كعقوبة المنع من ممارسة مهنة أو نشاط المنصوص عليها في المادة 16 مكرر و التي جعلها المشرع جوازية. هذا و إن القاضي الجنائي في حالة الإدانة بجناية يأمر بالمصادرة إستنادا إلى نص المادة 15 مكرر 1 بينما في حالة الإدانة بجنحة أو مخالفة فلا يمكنه الحكم بالمصادرة إلا إذا وجد نص خاص لذلك. و هذا هو الحال بالنسبة لجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، فقد نصت المادة 51 من القانون 01/06 على أنه: "في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، تأمر الجهة القضائية بمصادرة العائدات و الأموال غير المشروعة، و ذلك مع مراعاة حالات إسترجاع العائدات أو حقوق الغير حسن النية. كما تنص على أن الجهة القضائية تحكم أيضا برد ما تم إختلاسه أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح، و لو إنتقلت إلى أصول الشخص المحكوم عليه أو فروعه أو إخوته أو زوجه أو أصهاره سواء بقيت تلك الأموال على حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى". و إن كان قانون العقوبات قد تعرض لعقوبة المصادرة فإن القانون 01/06 قد خصها ببعض الأحكام التي قد تتنافى و الأحكام العامة لهذه العقوبة و هذا ما سيتم التعرض له في المطلب الثاني حين الحديث على إسترداد العائدات الإجرامية.

الجزء الثاني: عقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية

تعتبر عقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية من ضمن العقوبات التكميلية التي إستحدثها القانون 23/06 في قانون العقوبات، و تقيده المادة 16 مكرر 2 أنه يترتب على عقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية منع المحكوم عليه من المشاركة بصفة

¹ عرفت المادة 15 مكرر 2 الغير حسن النية على أنه الشخص الذي لم يكن شخصا محل متابعة أو إدانة من أجل الوقائع التي أدت إلى المصادرة، و لديه سند ملكية أو حيازة صحيح و مشروع على الأشياء القابلة للمصادرة.

مباشرة أو غير مباشرة في أية صفقة عمومية إما نهائياً أو لمدة لا تزيد عن عشر سنوات في حالة الإدانة لإرتكاب جنائية أو خمس سنوات في حالة الإدانة لإرتكاب جنحة.

هذا و إلى جانب كون الإقصاء من الصفقات العمومية عقوبة تكميلية، فهو أيضا إجراء تتخذه الإدارة العمومية حين إختيارها للمتعامل معها في إطار إبرام الصفقات العمومية، و قد ذكرت المادة 52 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ضمن حالات إقصاء المتعاملين الاقتصاديين الأشخاص الذين كانوا محل حكم قضائي له حجية الشيء المقضي فيه بسبب مخالفة تمس بنزاهته المهنية، و الأمر كذلك بالنسبة للإدانة بإحدى جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية. مما يترتب على ذلك أنه ليس من الضروري في هذه الحالة أن ينطق القاضي الجنائي بعقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية لأن الإدارة ستقضي تلقائيا هذا المدان على أساس المادة 52 السالفة الذكر. و كذلك الشأن بالنسبة للأشخاص المسجلين في البطاقة الوطنية لمرتكبي الغش، أصحاب المخالفات الخطيرة للتشريع و التنظيم في مجال الجباية و الجمارك و التجارة و كذلك من أدين بسبب مخالفة خطيرة لتشريع العمل و الضمان الاجتماعي.

هذا و قد يطرح الإشكال في حالة حكم القاضي الجنائي بعقوبة الإقصاء من الصفقات العمومية بصفة مؤقتة لمدة أقصاها خمس سنوات و في ذات الوقت ترغب الإدارة في إقصاء نفس الشخص لمدة أطول أو بصفة نهائية. فهل الحكم الجنائي فيما قضى به من مدة الإقصاء من الصفقات العمومية، له أولوية على إرادة الإدارة في تقدير المدة، فإن كانت الإدارة مقيدة بهذا الحكم من حيث اعتبار المدة المحكوم بها هي الحد الأدنى لمدة الإقصاء فإنه يبدو أنه من حيث الحد الأقصى لمدة الإقصاء تسترجع سلطتها التقديرية المنصوص عليها في المادة 52 السالفة الذكر، لأن الإقصاء من اختصاصاتها الأصلية.

الجزء الثالث: إشكالية تكيف إبطال الصفقة

تنص المادة 55 من القانون 01/06 على أنه: "يمكن للجهة القضائية النازرة في جرائم الفساد أن تصرح ببطلان و انعدام آثار الصفقة أو العقد أو غيرهما مما يتحصل عليه من ارتكاب هذه الجرائم ". و ما يميز هذا الإجراء هو كونه أصلا من إختصاصات الإدارة أو القاضي الإداري طبقا لأحكام المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. هذا و قد نصت المادة 61 من المرسوم الرئاسي 236/10 على أنه " دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر، مكافأة أو إمتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة أو عقد أو ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه، من شأنه أن يشكل سببا كافيا لإلغاء الصفقة أو العقد أو الملحق المعني...".

و ما يمكن ملاحظته في هذا الإطار هو تمديد الإختصاص النوعي للقاضي الجنائي لما ليس من إختصاصه أصلا، فإبطال العقود الإدارية و ما في حكمها لا يدخل ضمن صلاحيات البت في الدعوى العمومية و لا في صلاحيات البت في الدعوى المدنية لأن بطلان الصفقة ليس تعويضا و إنما يترتب على فحص مدى شرعية العقد ثم تقرير بطلانه و هي كلها إجراءات من إختصاص القضاء الإداري. فخروج المشرع عن قواعد الإختصاص النوعي التي هي من النظام العام، يعبر عن مدى حرصه على إبطال الصفقات المتحصل عليها بناء على ارتكاب جرائم الفساد بجعل الإختصاص مزدوج.

يستخلص من هذا المطلب أن المشرع قد شدد في عقاب مجرمي الفساد من خلال خروجه عن حدود عقوبات الجرح و كذلك من خلال تأكيده على ضرورة التصدي لعائدات جرائم الفساد من خلال النص على مصادرة الأموال الناتجة عن جرائم الفساد من جهة و النص أيضا على إبطال التصرفات الناتجة عن نفس الجرائم و بالأحرى الصفقات العمومية، و لعل حرص المشرع على تنظيم إسترداد العائدات الإجرامية يؤكد إرادته في

التصدي لهذه الجرائم بصفة فعالة و هذا ما سنحاول توضيحه من خلال دراسة إسترداد العائدات الإجرامية على الصعيد الدولي في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: التعاون الدولي لأجل إسترداد العائدات الإجرامية

إن جرائم الفساد تحقق أموالا طائلة يسعى المجرمون إلى إخفائها و التمتع بها و إستعمالها في تمويل أعمال فساد مستقبلية أخرى فإن الدول اهتمت بالتصدي إلى هذه العائدات الإجرامية من خلال العناية بمصادرتها و ردها للدول صاحبتها. و يعتبر موضوع رد العائدات الإجرامية موضوعا حيويا بالنسبة للدول النامية بالنظر إلى الحجم الكبير لأموالها الوطنية التي حولت إلى بنوك خارجية نتيجة أعمال فساد بينما هذه الدول هي في أمس الحاجة لهذه الأموال من أجل بناء مجتمعاتها و تطوير إقتصاداتها. و قد إعتبرت دراسة أنجزت من قبل منظمة الأمم المتحدة أن التحويل غير الشرعي للأموال يؤثر كالمسرطان على الإقتصاد و السياسات في كل أنحاء العالم¹. فتحويل العائدات الإجرامية للخارج يرتب العديد من الآثار السلبية على هذه الدول، فهو يخفض من الإعانات الخارجية كما يخرج إحتياجات الصرف و يخفض من الوعاء الضريبي و يضر بالمنافسة و أكثر من ذلك كله يععم الفقر.

و نظرا لعدم وجود آليات قانونية لإسترداد العائدات الإجرامية الموجودة في الخارج لم تتمكن العديد من الدول لا سيما الإفريقية منها من إسترداد أملاكها المغتصبة²، فغياب الأساس القانوني الإتفاقي الدولي المنظم لإسترداد العائدات الإجرامية كان يعتبر من أهم الحواجز التي واجهتها الدول المتضررة في سبيل إسترداد أموالها.

و قد طرحت مسألة إسترداد الأملاك أو العائدات المتحصل عليها بصفة غير قانونية عبر أحقاب تاريخ العلاقات الدولية و مرت حسب مجالاتها من إلتزام أخلاقي أو

¹ Global study on the transfer of funds of illicit origin, especially funds derived from acts of corruption, Ad Hoc committee for the negotiation of the convention against corruption, 4th session, Agenda item 3, al 3, UN Doc.A./AC.261/12 (2002).

² قدر البنك الدولي قيمة أموال عائدات الفساد و الغش الضريبي الموجودة خارج الدول بمبلغ يتراوح ما بين 1000 و 6000 مليار دولار سنويا و أنه خلال 15 سنة الأخيرة لم يتم إسترداد إلا 5 ملايين من هذه الأموال، تقرير الصلحة المركزية للوقاية من الفساد الفرنسية « Service Central de Prevention de la corruption » إلى وزير العدل لسنة 2010، ص136.

معنوي بالرد إلى الإلتزام القانوني بالرد. و حيازة دولة لأموال مطالب بها من قبل دولة أخرى ليس قاصرا على العائدات الإجرامية فحسب بل سبق و أن إهتمت الجماعة الدولية بإسترداد الأملاك الثقافية من خلال إضفاء حماية قانونية عليها في إطار منظمة اليونسكو¹. و قد إقترح جانب من الفقه أن تتبع نفس الإجراءات في إسترداد العائدات الإجرامية الناتجة عن أفعال الفساد².

و تعتبر إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية أول نص ذات البعد العالمي تعرض لمسألة الأملاك المحولة من قبل الموظفين الفاسدين إلى الخارج. فيستنتج من نص المادة 14 من الإتفاقية إمكانية حجز العائدات الإجرامية من الدولة التي توجد فيها و تصرف هذه الدولة فيها. فلم تكرر المادة 14³ بصفة أصلية مبدأ رد العائدات الإجرامية للدولة المتضررة من الجريمة بل جعلت ذلك إختياريا.

أما إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد فقد أسست مبدأ أن من يحجز العائدات الإجرامية يرددها. و هنا يكمن التطور الأساسي الذي أحدثته هذه الإتفاقية في مجال رد العائدات الإجرامية. و لهذا تعتبر إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بمثابة "ثورة" في مجال إسترداد العائدات الإجرامية، بل قد إعتبر الفصل الخامس من الإتفاقية المتعلق بإسترداد الموجودات بمثابة إتفاقية في حد ذاته⁴. نشير من جهة أخرى إلى أن إتفاقية

¹ أنظر الإتفاقية المصادق عليها في 1970/11/14 المتعلقة بالإجراءات الرامية إلى منع إستيراد أو تصدير أو تحويل الممتلكات غير المشروعة للأملاك الثقافية

² Cl. Alvaro Borghi, L'immunité des dirigeants politique en droit international, Helbing et Lichtenhahn, Genève-Bâle-Munich, 2003, p.386.

³ المادة 14 من الإتفاقية: "1- يتعين على الدول الطرف التي تصدر عائدات إجرامية أو ممتلكات عملا بالمادة 12، أو الفقرة 1 من المادة 13 من هذه الإتفاقية، أن تتصرف في تلك العائدات أو الممتلكات وفقا لقانونها الداخلي و إجراءاتها الإدارية.
2- عندما تتخذ الدول الأطراف إجراء ما بناء على طلب دولة طرف أخرى، وفقا للمادة 13 من هذه الإتفاقية، يتعين على تلك الدول أن تنتظر على سبيل الأولوية، بالقدر الذي يسمح به قانونها الداخلي و إذا ما طلب منها ذلك، في رد العائدات الإجرامية المصادرة أو الممتلكات المصادرة إلى الدول الطرف الطالبة، لكي يتسنى لها تقديم تعويضات إلى ضحايا الجريمة أو رد العائدات الإجرامية أو الممتلكات إلى أصحابها الشرعيين.
3- يجوز للدولة الطرف، عند إتخاذ إجراء بناء على طلب مقدم من دولة طرف أخرى وفقا للمادتين 12 و 13 من هذه الإتفاقية، أن تنتظر بعين الإعتبار الخاص في إبرام إتفاقات أو ترتيبات بشأن:

أ/ التبرع بقيمة تلك العائدات الإجرامية أو الممتلكات أو بالأموال المتأتية من بيع تلك العائدات الإجرامية أو الممتلكات، أو بجزء منها، إلى الهيئات الدولية – الحكومية المتخصصة في مكافحة الجريمة المنظمة وفقا للفقرة 2 (ج) من المادة 30 من هذه الإتفاقية
ب/ إقتسام تلك العائدات الإجرامية أو الممتلكات، أو الأموال المتأتية من بيع تلك العائدات الإجرامية أو الممتلكات، وفقا لقانونها الداخلي أو إجراءاتها الإدارية، مع دول أطراف أخرى، على أساس منظم أو حسب الحالة.

⁴ Lucinda A. Low, « The new global legal framework: of Europe antibribery convention: oecd, oas, and council new international standards and national anti- corruptions laws: Tha challenges for effective implementations and enforcement” prepare pour “ The Awakening goant of anti-corruption enforcement” (Paris, France, le 24-25 avril 2003, Conference of the international Bar Association, Chamber of commerce, and Organization for economic cooperation and development.

الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد و مكافحته المعتمدة بمابوتو في 11 يوليو 2003 التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 137/06 المؤرخ في 10 أبريل 2006، قد تعرضت أيضا لمسألة إسترداد العائدات الإجرامية، فنصت في المادة 16 ف 1(ج) على إلتزام الدول الأطراف بإتخاذ الإجراءات التشريعية للسماح بإعادة تحويل العائدات الإجرامية¹، أما المشرع الوطني فقد نص على إسترداد العائدات الإجرامية في قانون الوقاية من الفساد و مكافحته، و سنتعرض فيما يلي إلى آليات إسترداد العائدات الإجرامية في القانون الجزائري وفق ما جاء في مختلف النصوص الدولية و الوطنية المشار إليها أعلاه، ثم نتعرض في نقطة ثانية إلى الإجراءات التي تتخذ تمهيدا لعملية الإسترداد.

الفرع الأول: آليات إسترداد عائدات الفساد

لم تعتبر إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد إسترداد الموجودات حقا أساسيا للدول و إنما إعتبرته مبدأ أساسيا و على الدول الأطراف أن تمد بعضها البعض بأكبر قدر من العون و المساعدة في هذا المجال. و قد نصت الإتفاقية على نوعين من الإسترداد، الإسترداد المباشر و الإسترداد من خلال التعاون الدولي.

الجزء الأول: الإسترداد المباشر

نصت المادة 53 من إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد على هذا النوع من الإسترداد و هو يقوم أساسا على رفع دعوى مدنية من قبل الدولة الطالبة أمام الجهات القضائية للدولة الموجودة لديها العائدات الإجرامية مفادها أولا الإعتراف للدولة الطالبة بملكيتها

¹ كما حددت الفقرة 2 من نفس المادة الأشياء محل المصادرة و الإرجاع على أنها أولا أي شيء مطلوب كدليل على إرتكاب الجريمة محل البحث، ثانيا أي شيء إكتسب نتيجة الجريمة المطلوب التسليم بشأنها ووجد في حوزة الشخص المطلوب عند إعتقاله أو تم إكتشافه بعد ذلك. و قد أضافت نفس المادة أن تسليم الأشياء جائز حتى في حالة عدم تسليم الشخص المطلوب سواء بسبب رفض الدولة المطلوبة أو بسبب وفاة الشخص المطلوب أو إختفائه أو فراره.

للممتلكات المكتسبة بالأفعال المجرمة أو ثانيا الحكم على مرتكب الأفعال المجرمة بدفع تعويض لدولة طرف في الإتفاقية تضررت من تلك الجرائم أو أخيرا الإقرار بالملكية الشرعية للدولة طالبة لتلك الممتلكات و ذلك أثناء إتخاذ قرار بالمصادرة و في هذه الحالة الأخيرة ليس الإلتزام قاصرا على المحاكم بل أيضا على السلطات الأخرى المختصة بإتخاذ قرار بشأن المصادرة.

أما القانون 01/06 فقد نص على الإسترداد المباشر في المادة 62 منه على أنه يتم عن طريق دعاوى قضائية مدنية ترفعها الدولة المطالبة بالاسترداد أمام الجهات القضائية الوطنية و ذلك بغرض الاعتراف بحق ملكيتها للممتلكات المتحصل عليها من أفعال الفساد. و لم يشترط القانون تقديم ما يثبت وجود إدانة من أجل أفعال الفساد التي نتج عنها اغتصاب أملاك الدولة طالبة بل كل ما يشترط في الطلب أن يكون مرفقا بوصف الممتلكات المراد مصادرتها و تحديد مكانها و قيمتها متى أمكن ذلك، مع بيان الوقائع التي استندت إليها الدولة طالبة و الذي يكون مفصلا بالقدر الذي يسمح للجهات القضائية الوطنية باتخاذ قرار المصادرة. و لعل الأحكام الوطنية المنظمة للمصادرة قد لا تتماشى مع استصدار الأمر بالمصادرة و فق إجراءات الاسترداد المباشر، ذلك أن المصادرة تعتبر عقوبة تكميلية وفق ما جاء في المادة 9 من قانون العقوبات و بالتالي لا يتصور الحكم بها إلا إذا صدر حكم بالإدانة أما المادتين 62 و 66 ف(2) من قانون مكافحة الفساد فإنهما لا يشترطان وجود حكم بالإدانة من أجل أفعال الفساد. هذا و إن وسيلة الاسترداد المباشر هي الدعوى المدنية التي قد تطرح أمام القاضي المدني أو أمام القاضي الجنائي بالتبعية. لكن مادام أن المشرع لم يشترط وجود إدانة فإن هذه الدعوى الرامية للإسترداد لا يمكن أن تطرح أمام القاضي الجنائي بصفة التبعية¹، و في ذات الوقت فإن طرحها أمام القاضي المدني يطرح مسألة عدم اختصاص القاضي المدني بالنطق بعقوبة المصادرة لأموال ناتجة عن جريمة. هذا و قد تناول المشرع في إطار المادة 63 حالة حكم الجهات

¹ نظرا لغياب دعوى عمومية أصلا، فالقاضي الجنائي لا يفصل في الدعوى المدنية إلا بالتبعية لدعوى عمومية ما عدا الإستثناءات المتعلقة بإنقضاء الدعوى العمومية بعد تحريكها أو إستئناف الشق المدني من الحكم دون الشق الجزائي أو في الحالات المنصوص عليها في المادة 316 من قانون الإجراءات الجزائية، إلى جانب وجود نصوص خاصة كما هو الشأن بالنسبة لحوادث المرور.

القضائية الوطنية بمصادرة ممتلكات ذات منشأ أجنبي مكتسبة عن طريق جرائم الفساد أو استخدمت في ارتكابها و هذا أثناء النظر في جرائم تبييض الأموال او جريمة أخرى من اختصاصها.

الجزء الثاني: الإسترداد من خلال التعاون الدولي

أما الإسترداد من خلال التعاون الدولي فقد نصت عليه المادة 54 من إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد و هو يخص أولاً إلترام الدول بإتخاذ ما قد يلزم من تدابير للسماح لسلطاتها المختصة بتنفيذ حكم قضائي أجنبي أمر بمصادرة الممتلكات التي اكتسبت عن طريق جرائم الفساد أو مصادرة الوسائل المستخدمة في ارتكابها و يكون هذا الحكم نافذا في الجزائر طبقاً للقواعد و الإجراءات المقررة ، ثانياً إتخاذ تدابير للسماح لسلطاتها المختصة بالأمر بمصادرة الممتلكات ذات المنشأ الأجنبي و ذلك في إطار الفصل في قضايا تبييض الأموال أو أي جرم آخر من إختصاصها وفقاً للتشريع الجاري به العمل. و يتم الاسترداد في هذه الحالة وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 66ف(3) من قانون مكافحة الفساد، بحيث يتضمن الطلب بياناً للوقائع و المعلومات التي تحدد نطاق تنفيذ أمر المصادرة الوارد من الدولة الطالبة، إلى جانب تقديم هذه الأخيرة لتصريح يحدد التدابير التي اتخذتها لإشعار الدول الأطراف حسنة النية و كذا ضمان مراعاة الأصول القانونية و التصريح بأن حكم المصادرة نهائي.

و في الأخير نشير إلى حالة إتخاذ ما قد يلزم من تدابير للسماح بمصادرة الممتلكات دون إدانة جنائية في حالات محددة نصت عليها الفقرة ج من المادة 54، أي قيام السلطات المختصة في الدولة بالمصادرة الإدارية لهذه الأموال أو الممتلكات دون حكم جنائي بالإدانة في الحالات التي يتعذر فيها ملاحقة الجاني بسبب الوفاة أو الفرار أو الغياب أو لغير ذلك من الحالات الأخرى.

الفرع الثاني: المصادرة كإجراء سابق على الإسترداد

إن إجراءات إسترداد عائدات جرائم الفساد تستغرق وقتا قد يستغله المجرمون في إخفاء و تهريب هذه الأموال و لذلك إهتم القانون بإيجاد إجراءات تحفظية تسمح بوضع الأموال المشبوهة تحت رقابة القضاء إلى حين الأمر بمصادرتها و ردها حسب الأحوال و هي تتمثل أساسا في إجراءات تجميد و حجز العائدات الإجرامية التي نص عليها المشرع في المادة 64 من القانون 01/06 و التي يفصل فيها وفقا للإجراءات المقررة في مادة قضاء الإستعجال شريطة وجود أسباب كافية لتبرير هذه الإجراءات و وجود ما يدل على أن مآل هذه الممتلكات هو المصادرة. فالمصادرة إجراء ضروري سابق على إرجاع العائدات الإجرامية . و إن كانت المصادرة تعتبر من ضمن العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات كما سبقت الإشارة له في المطلب السابق، فإنها تتمتع ببعض الخصوصيات في مجال إسترداد عائدات جرائم الفساد، إذ أنه بإعتبار المصادرة عقوبة جزائية¹ فإن الإختصاص في الأمر بها يعود للقاضي الجزائي الوطني الذي ينطق بها حين الفصل في الدعوى العمومية بالإدانة، لكن بالرجوع إلى القانون 01/06 نجده خرج عن هذا الأصل من عدة جوانب، فقد أجاز أولا للجهات القضائية الجزائية أن تقضي بمصادرة الممتلكات حتي في حالة إنعدام الإدانة بسبب إنقضاء الدعوى العمومية أو لأي سبب آخر². كما أجاز تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية التي أمرت بالمصادرة و هذا ما سنتعرض له في الجزئين المواليين لنصل في الجزء الأخير إلى دراسة مآل الأموال المصادرة.

الجزء الأول: الحكم بالمصادرة رغم غياب الإدانة

إن المبادئ العامة للإجراءات الجزائية تقتضي أنه لا عقوبة بغير إدانة، فالعقوبة تسلط على من قضي بإدانته، أما من إستفاد من حكم بالبراءة أو من إنتقضت الدعوى العمومية بالنسبة له فإنه لا يمكن أن يعاقب. لكن بالرجوع إلى نص المادة 63 ف (3) من

¹ مع ملاحظة أنه وفق المادة 16 من قانون العقوبات تعتبر المصادرة تدبير أمن حينما تخص الأشياء التي تشكل صناعتها، أو إستعمالها أو حملها، أو حيازتها أو بيعها جريمة، و كذا الأشياء التي تعد في نظر القانون أو التنظيم خطيرة أو مضررة و ذلك مهما يكن الحكم الصادر في الدعوى العمومية.

² تنص المادة 3/63 من القانون 01/06 على ما يلي: " و يقضى بمصادرة الممتلكات المذكورة في الفقرة السابقة حتى في انعدام الإدانة بسبب إنقضاء الدعوى العمومية أو لأي سبب آخر."

قانون مكافحة الفساد نجد أن المشرع نص صراحة على أنه يقضى بمصادرة الممتلكات حتى في إنعدام الإدانة بسبب إنقضاء الدعوى العمومية أو لأي سبب آخر. فيعتبر هذا النص خرقاً لمقتضيات المحاكمة العادلة، لأن القاضي سيحكم بالمصادرة في غياب الفصل في الدعوى العمومية و هذا وضع ليس له أي أساس قانوني، لأنه إن كان من الجائز في بعض الحالات الفصل في الدعوى المدنية التبعية رغم إنقضاء الدعوى العمومية سواء من قبل القاضي الجزائي نفسه أو من قبل القاضي المدني، فإنه يستحيل أن يحكم بإنقضاء الدعوى العمومية و في نفس الوقت النطق بعقوبة المصادرة. و الأخطر من ذلك أن نفس الفقرة تضيف إلى جانب إنعدام الإدانة بسبب إنقضاء الدعوى العمومية، إنعدامها لأي سبب آخر، و هنا يجدر التساؤل عما هو السبب الآخر الذي تتعدم فيه الإدانة إن لم يكن الحكم بالبراءة، و إن كان الأمر كذلك فإنه يستحيل أيضاً وفق أصول الإجراءات الجزائية أن يحكم القاضي في نفس الحكم بالبراءة و العقوبة، لأنه في هذه الحالة يكون قد أصدر حكماً متناقضاً، و التناقض فيما يقضي به الحكم يعد وجهاً من أوجه نقض و إبطال هذا الحكم¹.

هذا و إن العقوبات التكميلية لا يقضى بها بصفة منفردة لأنها تكمل عقوبة أصلية فكيف النطق بعقوبة المصادرة مع غياب الإدانة و النطق بعقوبة أصلية.

و نفس الإشكال يطرح في حالة تقديم دولة طرف في إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد طلب رامي لإستصدار حكم بالمصادرة، فقد نصت المادة 66 ف(2) في إطار التعاون القضائي بغرض المصادرة، على جواز إتخاذ الجهات القضائية الوطنية قرار بالمصادرة بناء على طلب دولة أجنبية، و ذلك دون إستراط تقديم حكم بالإدانة من أجل الأفعال التي نتجت عنها الممتلكات محل طلب المصادرة، بل كل ما إستطرد هو تقديم وصف الممتلكات المراد مصادرتها و تحديد مكانها و قيمتها متى أمكن، مع بيان الوقائع التي إستندت إليها الدولة الطالبة. فكيف لجهات قضائية وطنية أن تأمر بعقوبة جزائية بناء على مجرد وصف لوقائع دون إستراط تقديم حكم جزائي بالإدانة، و إن كان حتى على إفتراض إستراط تقديم الحكم الجزائي الأجنبي لا يجوز الإعتداد بهذا الحكم لأن الأحكام الجزائية

¹ المادة 500 ف(6) من قانون الإجراءات الجزائية.

الأجنبية لا تنفذ في غير بلدها. فالمشرع الوطني لم ينص إلا على جواز تنفيذ الأحكام الأجنبية بالمصادرة. و بالتالي فإن القاضي الجزائري الجزائري لن يتمكن من الفصل في طلب المصادرة المقدم من قبل دولة أجنبية دون النظر في الوقائع و الفصل فيها بالبراءة أو بالإدانة.

الجزء الثاني: الحكم بالمصادرة بناء على حكم أجنبي

باعتبار أن القانون الجنائي يعبر عن أحد مظاهر سيادة الدول على أقليمها و شعبها المستمد من سلطة الدولة في العقاب، فإن الأحكام القضائية الجنائية تعبير عن هذه السيادة و بالتالي فهي من إختصاص القاضي الوطني، و في هذا يختلف القانون الجنائي عن القانون المدني الذي يتضمن أحكاما متعلقة بالمسائل التي يوجد فيها عنصرا أجنبيا و التي قد تكون من إختصاص القاضي الأجنبي الذي يصدر أحكاما قابلة للتنفيذ في الجزائر بناء على قواعد القانون الدولي الخاص و بعد خضوعها لإجراءات تنفيذ الأحكام المدنية الأجنبية (Exequatur). لكن خروجاً على هذه القاعدة نصت المادة 63 من القانون 01/06 على إعتبار الأحكام القضائية الأجنبية التي أمرت بمصادرة ممتلكات إكتسبت عن طريق إحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون الفساد أو الوسائل المستخدمة في ارتكابها نافذة بالإقليم الجزائري. و يتم تنفيذ القرارات الصادرة عن الجهات القضائية للدول الأطراف في الإتفاقية عن طريق توجيه طلب المصادرة إلى وزارة العدل التي تحوله للنائب العام لدى الجهة القضائية المختصة أي التي يوجد بدائرة إختصاصها الأموال محل المصادرة. ويشترط أن ينص الطلب المتضمن قرار أو أمر المصادرة على عائدات الجريمة أو الممتلكات أو العتاد أو أية وسائل استعملت لارتكاب إحدى جرائم الفساد المنصوص عليها في القانون. ثم ترسل النيابة العامة هذا الطلب بشأن تنفيذ الحكم الأجنبي إلى المحكمة المختصة مرفقا بطلباتها ويكون حكم المحكمة قابلاً للاستئناف والطعن بالنقض وفقاً للقانون. وتنفذ الأحكام الصادرة على أساس الطلبات الموجهة بمعرفة النيابة العامة بكافة الطرق القانونية و هذا وفقاً لما نصت عليه المادتين 67 و 68 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

الجزء الثالث: مآل أموال الفساد المصادرة

إن كان المآل الطبيعي للأموال المصادرة هو الأيلولة النهائية إلى الدولة المصادرة التي وقعت على إقليمها جرائم الفساد بإعتبار أن هذه الأموال قد إغتصبت منها، فإن الأموال الأجنبية التي هربت من قبل مجرمي الفساد إلى إقليم الدولة التي أمرت بمصادرتها قابلة للرد إلى الدولة التي نهبت منها وفق إجراءات الإسترداد السالفة الذكر. و قد نظمت المادة 57 من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد إجراءات إرجاع الموجودات و التصرف فيها. و لعل هذه المادة من المواد التي أثارت جدلا كبيرا أثناء إعداد الإتفاقية¹. و قد أدرجت الإتفاقية إرجاع العائدات الإجرامية في الفقرة الأولى من المادة 57 ضمن حق تصرف الدولة المطلوبة في الأموال المصادرة و ذكرت نفس الفقرة إرجاع الممتلكات إلى مالكيها الشرعيين من ضمن طرق التصرف في هذه الأموال. و بالتالي لم تفرض هذه الفقرة على الدولة المطلوبة إلتزاما بالإرجاع بل جعلت ذلك إختياريا لها.

أما في الفقرة الثانية من نفس المادة فإن إرجاع العائدات الإجرامية يظهر على شكل إلتزام من الدول المطلوبة و ذلك بالرجوع إلى الصياغة الأمرة لها عند نصها أنه تعتمد كل دولة طرف، وفقا للمبادئ الأساسية لقانونها الداخلي، ما قد يلزم من تدابير تشريعية و تدابير أخرى لتمكين سلطاتها المختصة، عندما تتخذ إجراء ما بناء على طلب دولة طرف أخرى، من إرجاع الممتلكات المصادرة، وفقا لأحكام هذه الإتفاقية، و مع مراعاة حقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية. هذا و قد نظمت الفقرة الثالثة من المادة 57 الأحكام العملية لرد العائدات الإجرامية للدول الطالبة و قد نصت على ثلاث حالات و هي أولا حالة إختلاس أموال عمومية أو غسل أموال عمومية مختلصة، ثانيا حالة عائدات أي جرم آخر مشمول بالإتفاقية و أخيرا حالة كل الحالات الأخرى.

¹ Tiziano Balmelli, La restitution des avoirs acquis par la corruption : de l'obligation morale à l'obligation juridique », in Tiziano Balmelli et Bernard Jaggi, Les traités internationaux contre la corruption, Editions interuniversitaires suisses-Edis, 2004, p.78.

و الملاحظ أنه بالنسبة لما جاء في الفقرة أ من المادة 57 حول العائدات المتحصل عليها من إختلاس أموال عمومية أو تبييضها، فإن الإتفاقية تضمنت إلتزاما حقيقيا بالرد بعبارة "على الدولة الطرف متلقية الطلب.....أن ترجع الممتلكات المصادرة إلى الدولة الطرف الطالبة" أما بالنسبة لما جاء في الفقرة ب بالنسبة لعائدات " أي جرم آخر مشمول بالإتفاقية" فإن الإلتزام بالرد مشروط بإثبات الدولة الطالبة ملكيتها السابقة للممتلكات المصادرة أو بإعتراف الدولة المطلوبة بالضرر اللاحق بالدولة الطالبة كأساس لإرجاع الممتلكات المصادرة. كذلك الشأن بالنسبة للحالة الأخيرة المنصوص عليها في الفقرة ج فإن الدولة غير ملزمة بالرد و إنما تنتظر على وجه الأولوية في إرجاع الممتلكات المصادرة إلى الدولة الطرف الطالبة، أو إرجاع تلك الممتلكات إلى أصحابها الشرعيين السابقين، أو تعويض ضحايا الجريمة. ففي الحالتين الأخيرتين تتمتع الدولة بسلطة تقديرية في إرجاع العائدات الإجرامية. يلاحظ من جهة أخرى أن المادة 57 في الحالتين الأولى و الثانية قد إشتراطت أن تكون المصادرة بناءا على حكم نهائي صادر عن الدولة الطالبة مع إمكانية إستبعاد الدولة المطلوبة لهذا الشرط.

خلاصة الباب الأول:

لقد أسفرت دراسة جرائم الفساد العامة المنطبقة على الصفقات العمومية على وجود خصوصية تميز هذه الجرائم عن باقي جرائم قانون العقوبات و ذلك من عدة جوانب. فكون أن المصدر الأساسي للقانون 01/06 هو إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد جعل منه يتبنى العديد من المعايير التشريعية التي حثت عليها هذه الإتفاقية، فبالنسبة للعنصر الأولي لقيام هذه الجرائم فإن قانون الفساد توسع إلى حد كبير في مدلول الموظف العمومي بحيث تبنى معيار طبيعة العمل الذي يقوم به الشخص بغض النظر عن المؤسسة التي يعمل بها و هذا يعتبر توسيعا لنطاق التجريم، كذلك الشأن بالنسبة لجريمة الرشوة فقد ظهر توسيع نطاقها لتشمل رشوة الموظفين العموميين الأجانب إلى جانب التأكيد على الرشوة في القطاع الخاص هذا و قد خص الرشوة في مجال الصفقات العمومية بنص متميز بعنوان ظاهر. أما من الناحية الإجرائية فقد ظهر أن جرائم الفساد تتفق مع مجموعة من الجرائم الأخرى مثل الجريمة المنظمة العابرة للحدود و جرائم تبييض الأموال و الجرائم المعلوماتية في نص المشرع على إمكانية اللجوء إلى أساليب خاصة في البحث و التحري و التحقيق زيادة على وجود إستثناءات على مدد و شروط تنفيذ بعض الإجراءات التي تتخذ بالنسبة لكل الجرائم. لكن ما تتميز به عن غيرها هو إستحداث المشرع لديوان خاص بالبحث و التحري في جرائم الفساد و هذا يدل على خصوصية البحث و التحري في هذه الجرائم. فدراسة الباب الثاني إن كانت قد أسفرت عن عناصر تميز جرائم الفساد عن الجرائم الأخرى فإنها لم تظهر ما تتميز به جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية عن باقي جرائم الفساد و إنما ظهرت الأولى كحالات خاصة للثانية بحيث أن الجرائم التي درست في هذا الباب ليست قاصرة على مجال الصفقات العمومية. و فيما يلي نتعرض في الباب الثاني لدراسة جريمة فساد لا تقع إلا في مجال التعامل بالصفقات العمومية و هي جريمة " منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية ".

الباب الثاني: جريمة الفساد الخاصة بالصفقات العمومية

يقصد بجريمة الفساد الخاصة بالصفقات العمومية في هذه الرسالة جريمة إعطاء إمتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية و هي الفعل المنصوص و المعاقب عليه بموجب المادة 26 من القانون 01/06 المعدلة بموجب القانون 15/11 الصادر بتاريخ 2 أوت 2011¹ التي تنص في فقرتها الأولى² على أنه: " يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات و بغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج: 1- كل موظف عمومي يمنح، عمداً، للغير إمتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو إتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات."

و لعل إستحداث جريمة خاصة بالفساد في الصفقات العمومية يعبر بالدرجة الأولى على خطورة الفعل من جهة و على قصور النصوص العامة على مواجهته من جهة أخرى. و قد تم إنشاء هذه الجريمة في القانون الفرنسي في سنة 1991³ و ذلك تحت تأثير القانون الأوروبي من جهة و بسبب ظهور فضائح متصلة بوجود فساد في إبرام صفقات عمومية من جهة أخرى. فبالرغم من أن الصفقات العمومية كانت تقدر قيمتها بالملايير إلا أن القانون الجنائي لم يكن ليطول المنح غير المبرر للصفقات العمومية طالما أنه لم يثبت وجود رشوة أو إستغلال نفوذ، أي بعبارة أخرى مراقبة التعامل غير المشروع في الصفقات العمومية كان من إختصاص القضاء الإداري الذي لا يعاقب الأشخاص و إنما يتصدى للتصرف في حد ذاته و هذا ما اعتبر حماية غير كافية للصفقات العمومية، فظهرت الحماية الجنائية الخاصة من خلال جريمة منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية. و تظهر أهمية دراسة هذه الجريمة من خلال اعتبارها جريمة مرتبطة بنشاط خاص يتميز بالتطور المستمر و بتعدد النصوص القانونية المنظمة له مما يضفي عليه نوعاً من التعقيد يؤثر لا شك في تحديد السلوك المجرم

¹ جريدة رسمية رقم 44.

² أما الفقرة الثانية فهي تخص معاقبة المستفيد من الإمتياز الغير مبرر و هي تنص على مايلي: " كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم، و لو بصفة عرضية، بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الإقتصادية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، و يستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين."

³ Loi 91-3 du 3/01/1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés ;

المرتبط به، لذلك حظيت دراسة نص التجريم بفصل كامل بعنوان خصوصية نص تجريم "المحاباة"، و ستستعمل تسمية " المحاباة" لغرض الدلالة على جريمة منح إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية بغرض إختصار التسمية، و هي تسمية فقهية لا تشريعية¹. ثم يلي الفصل الثاني الذي سيتناول دراسة الركنين المادي و المعنوي للجريمة.

الفصل الأول: خصوصية نص تجريم " المحاباة "

إن دراسة نص تجريم " المحاباة " بمثابة حجر الأساس في دراسة الجريمة بإعتبار هذا النص و ما يحتويه من قاعدة قانونية تجسيدا للشرعية الجنائية. و القاعدة الجنائية أكثر من غيرها من القواعد القانونية تشترط في صياغتها الدقة و الوضوح ذلك أن القاضي الجنائي حين نظره في أركان الجرائم ليس لديه غيرها من مصدر آخر يلجؤ إليه. فغياب الدقة و الوضوح في نص التجريم يجعله نصا غير دستوري في كثير من الدول خاضعا للإبطال من قبل المجالس الدستورية³². و لذلك ستحاول دراسة هذا الفصل فحص مدى توفر هذا الوضوح في نص تجريم " المحاباة " من خلال التعرض في المبحث الأول إلى طبيعته، ثم في مبحث ثان إلى المصلحة المحمية من خلال تجريم المحاباة للوصول في المبحث الثالث لدراسة الغرض من تجريم "المحاباة".

المبحث الأول: طبيعة نص تجريم " المحاباة "

لقد جرم المشرع فعل إعطاء إمتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية بموجب المادة 26 من القانون 01/06 المعدلة بموجب القانون 15/11 المؤرخ في 2 أوت 2011، و لا تعتبر هذه الجريمة من ضمن الجرائم المستحدثة بموجب قانون مكافحة الفساد، بل قد سبق و أن نص عليها المشرع في قانون العقوبات منذ سنة 1975. ففانون العقوبات حين صدوره سنة 1966 لم يكن يتضمن نصا تجريميا لإبرام الصفقات العمومية

¹ ترد في بعض المراجع تسمية " المفاضلة " و يستعمل القضاء أحيانا عبارة " إبرام صفقات مشبوهة"

² قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 99-421 الصادر في 16/12/1999.

³ أكدت محكمة التحكيم البلجيكية بوصفها المختصة بالرقابة على دستورية القوانين أن تطبيق مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات يتطلب عدم خضوع أحد لقانون العقوبات إذا لم تتوفر في نصوصه شروط الوضوح « clareté » و التحديد « précision » و القابلية للتوقع « prévisibilité » بما يسمح لكل شخص بأن يعرف لحظة ارتكابه الفعل إذا ما كان معاقبا عليه أم لا، الحكمان رقما 136 و 137 الصادران سنة 2004، مذكوران في مرجع د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص.93 .

بصفة غير قانونية و ذلك إلى غاية سنة 1975 حيث صدر الأمر 47/75 المؤرخ في 17 يونيو 1975¹ الذي ألغى محتوى المادة (2)423 الواردة في الأمر 156²/66 و عوضه بنص يعاقب على إبرام الصفقات العمومية بصفة غير قانونية و هو النص الذي عدل بدوره ثلاث مرات³ قبل أن يتم إلغائه تماما بموجب القانون 09/01 المؤرخ في 26 يونيو 2001 الذي إستحدث المادة 128 مكرر الملغاة بدورها بموجب القانون 01/06.

و تكتسي دراسة نص تجريم " المحاباة " أهمية كبيرة بإعتبار أن هذه الجريمة إن كانت إحدى جرائم الفساد فهي أيضا من عداد الجرائم الخاصة بنشاط التعامل بالصفقات العمومية شأنها في ذلك شأن كل الجرائم الخاصة بمجالات أو نشاطات معينة كجرائم البناء أو جرائم الضرائب، و هي بذلك تخرج عن إطار الجرائم العامة التي ظل قانون العقوبات ينص عليها منذ سنوات صدوره الأولى كجريمة الرشوة أو جريمة السرقة أو جريمة القتل. و لعل من أهم ما يميزها عن هذه الجرائم أن النص الذي يجرمها غير كاف بمفرده لتحديد أركانها بل يحيل من جهة على مفاهيم مستمدة من القانون الإداري و من جهة أخرى على نصوص تشريعية و تنظيمية، و تعتبر هذه المفاهيم و هذه النصوص المحال عليها جزءا من النص العقابي مما يستوجب تحليل هذا النص لمعرفة مدى نجاح المشرع في صياغته له صياغة واضحة تسمح بتطبيقه تطبيقا سليما، ذلك أن صفة الوضوح في النص هي التي تمنع من التعسف و التحكم القضائي، و لن يتحقق اليقين القانوني⁴ إذا كان النص غير واضح. بل أكثر من ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي يعتبر بأن القانون يجب أن يعرف الأركان المكونة للجريمة في عبارات واضحة محددة و إلا اعتبر غير مطابق للدستور، كما يعتبر أن وضوح القاعدة القانونية هو هدف ذات قيمة

¹ جريدة رسمية رقم 53 لسنة 1975.

² حررت المادة 423 في ظل الأمر 156/66 كما يلي: " كل من أفسى بأية وسيلة كانت سر التصويت في جمعية علمة للعمال أو مجلس لهم أو قام بالمساس بسلامته أو منع إجراءات الإقتراع أو غير في نتيجته أو شرع في شيء من ذلك يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 500 إلى 2.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين..."

³ مرة أولى بموجب القانون 03/78 المؤرخ في 1978/02/11 و مرة ثانية بموجب القانون 04/82 المؤرخ في 1982/2/13 و مرة ثالثة بموجب القانون 26/88 المؤرخ في 1988/07/12.

⁴ سلف التعرض لهذا المفهوم في الباب الأول من هذه الدراسة في الفقرة المخصصة ل " إخراج جرائم الفساد من قانون العقوبات "، ص.

دستورية¹، و قد أسس قراره على المواد 4، 5 و 6 و 16 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن، ذلك أن مبدأ المساواة أمام القانون المنصوص عنه في المادة 6 منه و ضمان الحقوق المنصوص عنه في المادة 16 لا يمكن أن يتحققا إلا إذا كان في إمكان المواطنين أن يعلموا و يفهموا النصوص القانونية. هذا و قد وضعت المحكمة الدستورية العليا في مصر مجموعة من الضوابط في عبارات واضحة محددة لتحديد شرط الوضوح² و هي أولا أن تكون الأفعال المؤثمة محددة بصورة يقينية لا التباس فيها و لا غموض فلا يستعمل المشرع في صياغته للنص الجنائي تعابير مرنة أو غامضة قد تنتهي إلى إبتداع القاضي لجرائم لم يكن المشرع قد قصدتها. ثانيا أن تتضمن النصوص تحديدا جازما لضوابط تطبيقها. و ثالثا أن تحكم معاني النصوص مقاييس صارمة و معايير محددة تلتزم مع طبيعتها و مؤدى ذلك وجوب فهم معاني النصوص الجنائية دون الإلتجاء إلى القياس. و على ضوء خاصية الوضوح المشترطة في النص الجنائي سيتم التعرض في المطلب الأول إلى دراسة طبيعة نص تجريم " المحاباة " الذي استعمل مفاهيم غير جنائية يتطلب فهمها الرجوع إلى القانون الإداري مما يعد إحالة ضمنية على هذا القانون و ذلك تحت عنوان الإحالة الضمنية على القانون الإداري ثم يتناول المطلب الثاني دراسة إحالة النص العقابي صراحة على نصوص تشريعية و تنظيمية تحت عنوان التجزئة الصريحة لنص التجريم.

المطلب الأول: الإحالة الضمنية على القانون الإداري

لقد تضمن نص المادة 26 من القانون 01/06 على غرار جل النصوص العقابية شقا متعلقا بالتجريم و شقا متعلقا بالجزاء الجنائي، فأما الأخير فقد ورد واضحا و محددًا للعقوبة على أنها الحبس من سنتين إلى عشر سنوات و الغرامة من 200.000.00 دج إلى 1.000.000 دج، و أما الأول فقد عبر عنه المشرع بنوعين من المصطلحات، مصطلحات عامة يمكن أن ترد في نصوص كل فروع القانون و لا يحتاج القاضي

¹ Dec. N° 99-421 DC du 16/12/1999

² العديد من الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا مذكورة في مرجع: د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، المرجع السابق، ص.93 و ما يليها.

بالضرورة في تفسيرها إلى الرجوع إلى قوانين خاصة مثل كلمة " منح " أو " عمدا " أو "الغير" أو عبارة " إمتياز غير مبرر "، و إن كان القاضي بالنسبة للعبارة الأخيرة يجتهد للبحث عن مدلولها مثلما سيتم توضيحه حين دراسة عناصر الركن المادي للجريمة. أما النوع الثاني من المصطلحات فهو يعبر عن مفاهيم مستمدة أساسا من مفاهيم القانون الإداري و بالتالي يحتاج القاضي الجنائي الإستعانة بهذا القانون لتحديد مدلولها، و قد سبق الحديث عن إستعمال عبارة " موظف عمومي" في الباب الأول من هذه الدراسة في إطار دراسة جرائم الفساد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، و بالخصوص عن المدلول الخاص للموظف العمومي في إطار جرائم الفساد، أما السؤال الذي يطرح في الفرع الأول فهو عن تحديد مدلول عبارة " عند إبرام أو تأشير عقد أو إتفاقية أو صفقة أو ملحق"، فهذه العبارة مركبة من ستة مصطلحات قانونية غير جنائية، يحتاج القاضي الجنائي في تفسيرها إلى الرجوع إلى القانون الإداري و بالخصوص إلى قانون الصفقات العمومية. فالجريمة ترتكب في مرحلتي " إبرام الصفقة" أو " التأشير عليها" و بالتالي يجب على القاضي الجنائي أن يلم بمدلول و حدود هتين المرحلتين و هو في ذلك لا يستغني عن القانون الإداري مثلما سنوضحه في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: الإحالة لتحديد مدلول إبرام الصفقة

لقد حددت المادة 26 من القانون 01/06 الصورة الأولى للسلوك المجرم الذي يترتب عنه منح المزية غير المستحقة للغير على أنها " إبرام الصفقة"، و بالتالي لن يتمكن القاضي الجنائي من تقدير مدى توفر هذا العنصر إذا لم يكن ملما بمعناه و هو يحتاج في ذلك إلى الرجوع إلى القانون الإداري.

فإبرام الصفقة العمومية هو تصرف قانوني يصفه قانون الصفقات العمومية و هو يعبر عن عملية طويلة تتخللها إجراءات عديدة نوجزها عبر الإشارة إلى مختلف المراحل التي تمر عليها المصلحة المتعاقدة لإختيار المتعامل المتعاقد أي الفائز بالصفقة العمومية. و نشير قبل ذلك إلى أن قرار إبرام الصفقة يتخذ بناء على دراسات تقوم بها الإدارة المتعاقدة لتحديد فيها إحتياجاتها، و تختار على إثرها الصيغة القانونية المناسبة لإبرام

الصفقة مع مراعاة الظروف الخاصة بكل مشروع، كما تقوم بتقدير أولي لقيمة المشروع. ومتى إتخذ هذا القرار تنطلق عملية تحضير إبرام الصفقة.

إن أول مرحلة تنطلق منها عملية إبرام الصفقة العمومية هي مرحلة تحضير دفتر الشروط، فقد نص المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في مادتيه 48 و 56 على ضرورة إحتواء دفتر الشروط على جميع المعلومات الضرورية التي تمكن المرشحين من تقديم تعهدات مقبولة و قد إشتراطت المادة 56 أن تكون معايير إختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالمناقصة.

بعد إعداد دفتر الشروط يجب وجوبا الإعلان عن المناقصة و قد حددت المادة 45 من المرسوم الرئاسي 236/10 حالات إلزامية هذا الإعلان و هي المناقصة المفتوحة و المناقصة المحدودة و الدعوة إلى الإنتقاء الأولي و المسابقة و المزايدة. كما تضمنت المادة 46 ذكر البيانات الإلزامية لإعلان المناقصة.

بعد الإعلان عن المناقصة و بعد تسجيل المترشحين و إيداعهم لعروضهم تقوم لجنة فتح الأظرفة بترتيب العروض و تنظيمها و حتى إستكمالها وفق ما نصت عليه المادة 122 من المرسوم الرئاسي 236/10. ثم يتم فتح الأظرفة التقنية و المالية وفق أحكام المادة 123 من المرسوم الرئاسي 236/10.

ثم تأتي مرحلة تقييم العروض التقنية تقوم بها لجنة دائمة لتقييم العروض تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة. و تتمثل مهمة هذه اللجنة في مرحلة أولى في الترتيب التقني للعروض ثم في مرحلة ثانية تقوم بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم إنتقاؤهم الأولي تقنيا. و تحدد المادة 125 من المرسوم الرئاسي 236/10 معايير دراسة العروض و كيفية إنتقاء أحسن عرض. و يتوج عمل هذه اللجنة بتبليغ نتائج تقييم العروض التقنية و المالية في إعلان المنح المؤقت للصفقة. و إن كانت هذه المرحلة هي الأخيرة في إجراءات إختيار الفائز بالصفقة فإنه يبقى أن هذه النتيجة قبل أن تصبح نهائية و تتوج

بإبرام الصفقة تعرض على رقابة لجان مختصة تمنحها التأشيرة و هذه التأشيرة هي التي تشكل الصورة الثانية للسلوك المجرم بموجب المادة 26 و التي سنتعرض لها في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: الإحالة لتحديد مدلول التأشير على الصفقة

تعتبر عملية الرقابة القبلية للصفقات العمومية التي تقوم بها لجان الصفقات الموجودة على مستوى المصالح المتعاقدة المرحلة الأخيرة لإبرام الصفقة و تتوج الرقابة التي تمارسها هذه اللجان بمنح التأشيرة للصفقة أو رفضها. فالتأشيرة هي التي تحدد لنا بداية تنفيذ الصفقة العمومية و لا تنفذ من يوم التوقيع بل من يوم منح التأشيرة.

لقد نظم المشرع الرقابة الخارجية للصفقات في المواد من 126 إلى 156 من المرسوم الرئاسي المتعلق بالصفقات العمومية. و الرقابة الخارجية ترمي الى التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية و كذا التأكد من مطابقة الصفقات المعروضة على اللجنة للتشريع و التنظيم المعمول بهما و تمارس هذه الرقابة من طرف أجهزة الرقابة المسماة لجان الصفقات و تكون على عدة مستويات: فنجد أولا اللجنة الوزارية للصفقات على مستوى الوزارة و هي تختص بدراسة صفقات الإدارة المركزية و يترأسها الوزير المعني أو ممثله، ثانيا نجد لجنة الصفقات الولائية على مستوى الولايات و يترأسها الوالي أو ممثله و هي تختص بالصفقات التي تبرمها الولاية أو المصالح غير المركزية للدولة في حدود القيمة المحددة في المادة 136 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و كذا الصفقات التي تبرمها البلدية و المؤسسات العمومية المحلية في حدود المبالغ المحددة في نفس المادة ، ثالثا نجد اللجنة البلدية للصفقات على مستوى البلديات و يترأسها رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله و هي تختص بالصفقات التي تبرمها البلدية في حدود المادة 136 المشار إليها أنفا ، نجد أيضا لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية و مركز البحث و التنمية الوطني و الهيكل غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري و المؤسسة

العمومية الإقتصادية و أخيرا نجد لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية و الهيكل غير المركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري و يرأسها ممثل السلطة الوصية¹ . و تتوج الرقابة التي تمارسها لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة بمنح التأشيرة أو رفضها خلال عشرين يوم ابتداء من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة هذه اللجنة.

إلى جانب لجان الصفقات المذكورة ينص القانون على لجان وطنية للصفقات ترأقب مدى قانونية إجراءات إبرام الصفقات ذات الأهمية الوطنية² و قد نص القانون على ثلاث لجان وطنية للصفقات³ و هي اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال و اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم و اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات و الخدمات و هذه اللجان الثلاث يتأسيها وزير المالية أو ممثله و في حالة غيابه نائب الرئيس المتمثل في ممثل وزير المالية من قسم الصفقات العمومية ، و تتوج الرقابة التي تمارسها هذه اللجان بإصدار تأشيرة في غضون 45 يوما على الأكثر ابتداء من تليخ إيداع الملف الكامل لدى كتابات هذه اللجان.

إن مراحل إبرام الصفقة و التأشير عليها التي تم عرضها بصفة سطحية فيما سلف تتضمن في محتواها إجراءات عديدة و مفصلة ليس الإطار الحالي مجالا لدراستها بل تشكل دراستها تخصصا حقيقيا في دائرة القانون الإداري. أما فيما يتعلق بجنة المحاباة فإن الرجوع لهذه الإجراءات ليس إلا من أجل البحث عن وجود منح لمزية غير مستحقة لأحد المترشحين و هو الأمر الذي يتم بعدة طرق و في المراحل المختلفة لإبرام الصفقة العمومية أو التأشير عليها. بل قد لا يظهر إطلاقا لمن ليست له دراية بهذه الإجراءات، و بالتالي فإن مختلف النصوص القانونية المتعلقة بإبرام بالصفقات العمومية و التأشير عليها تعتبر جزءا من نص التجريم كلما أمكن في إطارها منح مزية غير مبررة، مما يجعل النص الجنائي يتأثر بتطور و تعديل هذه النصوص و هذا ما يظهر بأكثر وضوح من خلال ربط المشرع للسلوك المجرم في المادة 26 بمخالفة الأحكام التشريعية

¹ أنظر المواد من 133 إلى 139 من المرسوم التشريعي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية
² أنظر المواد من 144 إلى 148 من المرسوم التشريعي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فيما يخص صلاحيات اللجان الوطنية للصفقات.

³ المادة 142 من المرسوم التشريعي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات، و هذا يعد إحالة صريحة على هذه النصوص و يجعل من النص نصاً مجزأً و هذا ما سيتم التعرض له في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: التجزئة الصريحة لنص التجريم

لقد كان نص المادة 26 من القانون 01/06 قبل تعديله بموجب القانون 15/11 يربط جريمة المحاباة بمخالفة النصوص التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل دون أن يحددها بتلك المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات و بالتالي كان النص يتسع لينطبق على كل المخالفات لقانون الصفقات العمومية مهما كان نوعها و الأمر الذي كان يضيف على النص نوعاً من الغموض و عدم الإستقرار نظراً للكثرة الهائلة من النصوص المنظمة لمادة الصفقات العمومية. أما النص بصيغته الحالية فقد حصر النصوص التشريعية و التنظيمية بتلك المكرسة لحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات و هي تمثل مبادئ الشراء العمومي المنصوص عليها في المادة 3¹ من المرسوم الرئاسي 236 /10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، و على أية حال فلجوء المشرع في صياغته لنص المادة 26 لإستعمال تقنية الإحالة يصنف هذا النص ضمن النصوص المجزأة و هذا ما سنتعرض له في الفرع الأول ثم نهتم في الفرع الثاني بدراسة مسألة إحالة نص التجريم على النصوص التنظيمية و أخيراً ندرس ربط النصوص بمخالفة قواعد الشراء العمومي.

الفرع الأول: تجزئة نص التجريم

لقد أسست المادة 26 جنحة المحاباة على مخالفة الأحكام التشريعية و التنظيمية المكرسة لحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات و بالتالي ربط المشرع قيام السلوك المجرم بمخالفة هذه النصوص، مما يجعلها جزءاً من النص، فلا يمكن أن تقوم جنحة المحاباة ما لم تكن ثمة مخالفة لقاعدة من النصوص السالفة الذكر،

¹ تنص المادة 3 من الأمر 236/10 على ما يلي: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية و الإستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المترشحين و شفافية الإجراءات..."

يتوجب على القاضي الجنائي الإشارة إليها صراحة و هذا ما أكدته الغرفة الجنائية للمحكمة العليا في قرارها الصادر في 2006/02/15 حين ذكرت ضمن عناصر جريمة المحاباة ضرورة ذكر التشريع أو التنظيم الذي تمت مخالفته¹. فالمشرع قد جزأ نص التجريم و لم يحدده بأكمله في نص المادة 26. و يمكن الإستناد إلى ما ذكره الدكتور عصام عفيفي عبد البصير حول هذا النوع من النصوص من أن المشرع يتولى فيها توزيع شقيها (التجريمي و العقابي) على نصين جنائيين، ثم يضيف أنه قد توجد مجزأة أو موزعة بين أكثر من نص تشريعي في قانون واحد أو قوانين مختلفة و لكنها متعاصرة أو متعاقبة²، فبالنسبة للمادة 26 نجد أن مبدأ التجريم منصوص عليه في نص تشريعي و أما النصوص المحال عليها فهي غير جنائية و منها ما هو تشريعي و منها ما هو تنظيمي. و نشير إلى أن النصوص المجزأة على غرار المادة 26 تختلف عن النصوص على بياض التي تحوي شق الجزاء بينما شق التكليف يكتمل تحديده لاحقا و يحيل المشرع في وضع تحديد معالمه إلى نص آخر، فشق التكليف في القاعدة على بياض لا يكون قد وجد لحظة وضع القاعدة الجنائية بل يكتمل في نص لاحق³. و إن كان نص المادة 26 يحيل على نصوص موجودة متفاديا عيوب النصوص على بياض فإنه يبقى أن تقنية الإحالة في التجريم تطرح إشكالية فيما يخص التعامل بالكتلة القانونية المجرمة للفعل، فإن كان أساس التجريم هو المادة 26 فإن تطبيق هذا النص غير ممكن بدون الرجوع إلى الأحكام التشريعية و التنظيمية المحال عليها و هنا يجدر التساؤل حول تحديد تاريخ سريان النص الجنائي في حالة تعديل للنصوص غير الجنائية المحال عليها، فهل العبرة بتاريخ صدور النص الجنائي أم بالنصوص المتعلقة بالصفات العمومية باعتبارها جزءا من هذا النص؟ و في إنتظار صدور إجتهاادات قضائية حول هذا التساؤل يبدو أنه لا يمكن تطبيق النصوص المتعلقة بالصفات العمومية بأثر رجعي إذا كان من شأن ذلك تشديد

¹ قرار صادر عن الغرفة الجنائية للمحكمة العليا بتاريخ 2006/02/15 ملف رقم 354438 منشور في مجلة المحكمة العليا لسنة 2006 العدد 1 صفحة 509-515.

² د. عصام عفيفي عبد البصير، القاعدة الجنائية على بياض، دراسة مقارنة في القانون الوضعي و الفقه الجنائي الإسلامي، دار الفكر الجامعي، 2004، ص. 41.

³ د. عبد الفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة النشر غير محددة، ص 41.

مركز المتهم ، ذلك أن هذه النصوص قد تنشئ إطارا جديدا لقيام الجريمة لم يكن منصوص عليه من قبل و بالتالي لا يمكن معاقبة شخص على فعل كان مباحا وقت ارتكابه و إلا إعتبر ذلك مساسا بمبدأ عدم رجعية القوانين و مبدأ الشرعية بصفة عامة.

و بعد توضيح الطبيعة المجزأة لنص التجريم و عرض إستعمال المشرع لتقنية الإحالة نتعرض فيما يلي بالخصوص إلى إحالة نص المادة 26 على النصوص التنظيمية.

الفرع الثاني: إحالة نص التجريم على نصوص تنظيمية.

تطرح الإحالة الواردة في نص المادة 26 إشكال فيما يخص طبيعة النصوص المحال عليها، فالمشرع إستعمل عبارة " مخالفة للأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات" و هي نصوص غير محددة علما أن مادة الصفقات العمومية تنظمها نصوص قانونية متعددة¹ و بالتالي سيواجه القاضي الجنائي صعوبة معرفة النص الواجب التطبيق.

أما عن إحالة المادة 26 على النصوص التنظيمية فإنها تعرض نصها لعدم الدستورية. فالمادة 122 من الدستور تنص صراحة على إختصاص البرلمان في التشريع في مجال تحديد الجنايات و الجنح، فيترتب على ذلك أن التجريم في مجال الجنايات و الجنح هو من صلاحيات السلطة التشريعية و هذا يعتبر أيضا تكريسا لمبدأ الفصل بين السلطات و هو من أهم النتائج المترتبة على مبدأ الشرعية. أما النصوص التنظيمية فلا يمكن أن تجرم أفعالا توصف بأنها جنايات أو جنح، و لا يمكن أن يتعدى دورها في هذا

¹ للإطلاع على مختلف النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية أنظر: عبد الغني بن زمام، تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق بين عكنون، السنة الجامعية 2007 – 2008، ص5، و فرقان فاطمة الزهرة، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون فرع الدولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، السنة الجامعية 2006/2007، ص، 3 و 4 و رياض لوز ، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون فرع: الدولة و المؤسسات العمومية، 2006/2007، ص،4.

الإطار تطبيق النصوص القانونية كما جاء في المادة 125 من الدستور. لكن رغم ذلك يلاحظ تدخل النصوص التنظيمية في مجال التجريم المشار إليه من خلال إحالة النصوص التشريعية ذاتها على النصوص التنظيمية، و بالتالي لا تكتمل القاعدة الجنائية إلا بإجماع النصين التشريعي و التنظيمي معا، بل أكثر من ذلك قد لا يتضمن النص التشريعي سوى الجزاء الجنائي و يحيل على النصوص التنظيمية لتحديد عناصر الجريمة. فالسلطة التنفيذية عن طريق هذه النصوص التنظيمية هي من جهة من يحدد معالم الجريمة و هي من جهة أخرى تستطيع تعديل و تغيير عناصر الجريمة دون تدخل من المشرع و هذا ما يجسد حسب البعض عن مظهر من مظاهر تحول مبدأ الشرعية الجنائية¹. فالمادة 26 نموذج من نماذج خرق مبدأ الفصل بين السلطات و تكريس لتدخل السلطة التنفيذية في صلاحيات السلطة التشريعية، لا سيما و أن الصفقات العمومية لا تدخل في مجال إختصاص البرلمان² فقد تم إدماجها في إطار السلطة التنظيمية التي يمارسها رئيس الجمهورية في المسائل غير المخصصة للقانون³.

بعد التعرض لغموض نص المادة 26 الراجع إلى صعوبة حصر النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية تعرض فيما يلي إلى دراسة حصر المشرع للأحكام التشريعية و التنظيمية بتلك المتعلقة بقواعد الشراء العمومي و ما ينجم عن ذلك من آثار على وضوح النص .

الفرع الثالث: قواعد الشراء العمومي كمييار للتجريم

لقد حصر المشرع من خلال تعديله للمادة 26 بموجب القانون 15/11 الأحكام التشريعية و التنظيمية التي يشكل مخالفتها أساسا لتجريم المحاباة في تلك المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات و هذا ما يعتبر تكريسا للحماية

¹ André GIUDICELLI, Le principe de la légalité en droit pénal français, Aspects légistique et jurisprudentiel, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2007, 3, p. 566-572

² لم تتضمن المادتان 122 و 123 من الدستور ضمن المبادئ المخصصة لتشريع البرلمان ميدان الصفقات العمومية.
³ المادة 125 من دستور 1996

الجنائية لمبادئ المنافسة في الصفقات العمومية، و يترتب على ذلك أنه بالإضافة إلى وجوب إمام القاضي الجنائي بالنصوص المتعلقة بالصفقات العمومية فإنه يتعين عليه أيضا الإمام بالنصوص المتعلقة بالمنافسة. فإعمال المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية، يعد من الشروط الأساسية التي يتوقف عليها نجاح الطلبات العمومية، فالمنافسة بما تثيره من تعدد في العروض و تنوع في الخيارات، تسمح للإدارات العمومية بإستخدام الموارد العمومية إستخداما عقلانيا رشيدا. فبعدما أولى المشرع لموضوع حماية المنافسة في الصفقات العمومية عناية خاصة من خلال قانون الصفقات العمومية وقانون المنافسة فهو من خلال تعديل المادة 26 المشار إليه يكرس لها الحماية الجنائية.

إذ بالفعل فإنه من أجل توفير الضمانات اللازمة لحرية المنافسة، أدمج المشرع أحكاما مستوحاة من قانون المنافسة في قانون الصفقات العمومية بنصه في المادة 3 من المرسوم الرئاسي 10-136 على وجوب مراعاة قواعد المنافسة، و يبرر إعتقاد نظام المنافسة الحرة في الصفقات العمومية على أنه يوفر حماية فعالة للمال العام بحيث يسمح بالإستعمال العقلاني للموارد العمومية و يساهم في القضاء على مظاهر الفساد و المحسوبية في الإدارة العامة¹.

و بالمقابل أدرج المشرع أحكاما حول الصفقات العمومية في قانون المنافسة الذي يحكم النشاط الإقتصادي و التجاري و ذلك بقصد إضفاء مزيدا من الحماية لحرية المنافسة في الصفقات العمومية، فقد أكد المشرع على حماية المنافسة في الصفقات العمومية في إطار القانون 12/08 المؤرخ في 25 جويلية 2008 المعدل و المتمم للأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، إذ تنص المادة 2 من هذا القانون على أنه تطبق أحكام هذا الأمر على الصفقات العمومية ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة غير أنه يجب ألا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية.

¹ د. محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص.74.

أما قانون مكافحة الفساد فقد أكد في المادة 9 منه المعدلة بموجب المادة 2 من الأمر 05-10 المؤرخ في 26 أوت 2010 على وجوب تأسيس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية و النزاهة و المنافسة الشريفة ، ثم جاء تعديل المادة 26 ليحول قواعد المنافسة في الصفقات العمومية من مبادئ عامة توجه الشراء العمومي إلى مبادئ يشكل عدم إحترامها فعلا إجراميا. فكما سمحت قواعد المنافسة في إبرام الصفقات العمومية للقاضي الإداري بمراقبة التصرفات القانونية للشخص العام التي تخل بالمنافسة الحرة أثناء إبرام الصفقات العمومية فإنه إستنادا إلى نص المادة 26 من القانون 01/06 بصيغتها الجديدة التي تؤسس التجريم على مخالفة مبادئ الشراء العمومي التي هي ذات الوقت تعد من قواعد المنافسة، فإن القاضي الجنائي أيضا أصبح مختصا بمراقبة مدى إحترام الإدارة المبرمة للصفقة العمومية لقواعد المنافسة في إطار التأكد من مدى توفر الركن المادي لجريمة المحاباة. و بالتالي فإن النصوص المنظمة للمنافسة تعد جزءا لا يتجزء من نصوص تجريم المحاباة و كما أفضى تدخل القضاء الإداري لمراقبة نشاط الإدارة من زاوية قانون المنافسة إلى ظهور فرع جديد في قانون المنافسة يعرف بالقانون العام للمنافسة فإنه لا يستبعد أن يظهر أيضا فرع جديد في القانون الجنائي متعلق بحماية المنافسة في الصفقات العمومية.

يترتب عما سبق أن القاضي الجنائي هو من يقرر بالنسبة لكل فعل متابع في إطار المادة 26 هل يشكل هذا الفعل إجراء مخالف لمبادئ الشراء العمومي القائمة على حرية المنافسة، و كون المشرع لم يحدد ما هي الأعمال التي تشكل مخالفة لقواعد المنافسة فإن القاضي الجنائي سيتوسع لا محال في تفسير النص ليحدد الأفعال التي تشكل السلوك المجرم و هذا يعد خرقا مخالفا لمقتضيات مبدأ الشرعية الذي يلزم القاضي بالتفسير الصارم للنصوص الجنائية و هو أمر مستحيل في حالة عدم دقة و وضوح النص. و مما لا شك فيه إن القاضي الجنائي سيحاول التوصل إلى إرادة المشرع و هو في ذلك يحتاج

إلى معرفة المصلحة المحمية من خلال تجريم المحاباة و هذا ما سنتعرض له في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: المصلحة المحمية في تجريم المحاباة

إن إبراز المصلحة القانونية المحمية من خلال تجريم الأفعال يكرس دولة القانون أو يساهم في صياغة القاعدة القانونية الجنائية و أخيرا يسمح بتفسير النص العقابي في حالة غموضه .

فإن كان الحق في العقاب عنصرا من عناصر سلطة الدولة في وضع القانون فهو أيضا وظيفة من بين الوظائف السيادية للدولة التي لا تتنازل عنها لغيرها¹. و من ضمن الضمانات الأساسية لدولة القانون أن لا يلجأ لإنشاء قاعدة جنائية إلا من أجل حماية مصالح قانونية معينة ضد إنتهاكات خطيرة. فيشكل مبدأ ربط القانون الجنائي بضرورة الإستجابة لحماية مصلحة قانونية إحدى الضمانات الممنوحة للمواطنين لحمايتهم من إصدار الدولة لقوانين جنائية تعسفية. فالمصلحة القانونية المحمية تظهر كوسيلة لمراقبة سلطة الدولة العقابية. فإحاطة تدخل القانون الجنائي بحدود حماية المصالح القانونية المعتبرة أساسية هو ما يسمح بالحد من قيام المشرع بتجريم أفعال لا تشكل خطرا و لا تلحق ضررا بهذه المصالح. و لكي يؤدي مدلول المصلحة القانونية المحمية وظيفة الضمان المذكورة، فإنه من الضروري تحديد ماذا نحمي و لماذا نحمي. و بالإضافة إلى أن المصلحة القانونية المحمية تظهر كوسيلة لمراقبة سلطة الدولة العقابية فهي أيضا تسمح بتحديد مجال تطبيق القاعدة الجنائية.

تعتبر حماية المصالح الإجتماعية المشتركة من ضمن الأهداف الواجب مراعاتها حين وضع قانون العقوبات ، إلى جانب هدفي توفير الطمأنينة للأفراد و تحقيق العدالة². فقانون العقوبات يضيف حمايته لهذه المصالح من خلال تجريم الأفعال التي تصيبها بالضرر أو تعرضها للخطر، و تقرير الجزاءات الرادعة لمن يرتكب فعلا من هذه

¹ تتمثل الوظائف الأساسية للدولة في ضمان الأمن الخارجي و الدبلوماسية و الدفاع، ضمان الأمن الداخلي و حفظ النظام العام، وضع القانون و ممارسة القضاء، و أخيرا الحفاظ على السيادة الإقتصادية و المالية من خلال إصدار النقود عن طريق البنك المركزي.

² الدكتور سمير عالية، أصول قانون العقوبات القسم العام، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، 1996، ص.13.

الأفعال. فالمشرع عندما يمنع إتيان سلوك معين أو يأمر بإتيان سلوك آخر إنما يفعل ذلك لأنه يقدر أن إتيان السلوك أو عدم إتيانه يلحق الضرر بالمصالح الأساسية في المجتمع أو على الأقل يهدد هذه المصالح بالخطر و كأن الدولة بهذا المنع تصدر حكما على السلوك بأنه مخالف لأهداف الجماعة و أنه لهذا محظور على الأفراد ممارسته¹.

و يستوي في هذه المصالح أن تكون مادية مثل المصالح الاقتصادية، أو أدبية مثل الشرف و الإعتبار. كما أن هذه المصالح قد تكون إجتماعية أو فردية، و يرى المشرع الجنائي أنها جديرة بأن يسبغ عليها حمايته. و تتحدد المصالح الجديرة بالحماية وفقا لحالة كل مجتمع و ظروفه الخاصة و ما يسود فيه من قيم أساسية و ما ينبغي تحقيقه من أهداف في وقت معين. من أجل ذلك تختلف المصالح الجديرة بالحماية الجنائية من مجتمع لآخر، و في المجتمع الواحد من عصر لآخر. و تتجلى قيمة القانون الجنائي في مدى تكيفه بظروف المجتمع الذي يطبق فيه و قيمه الأساسية و في مدى ضمانه لتحقيق الأهداف المرجوة منه، و هو لا يكون كذلك إلا إذا كان إنعكاسا لحالة المجتمع و ترجمة لقيمه الأساسية².

إن تفسير القاعدة الجنائية عملية ملازمة لتطبيقها، و يقصد به تحديد المعنى الحقيقي الذي يريده و يقصده المشرع من ألفاظ و عبارات النص لجعله صالحا للتطبيق العملي على الوقائع³. فإذا كانت ألفاظ النص واضحة و عبارته دالة على ما يريد المشرع التعبير عنه، كان على المفسر أن يأخذ بالمعنى الذي تدل عليه ألفاظ النص و مدلول عبارته. لكن إذا كانت عبارات النص غير واضحة فعلى القاضي أن يبحث عن معنى النص مستعينا في ذلك بقواعد التفسير.

و دون الخوض في النقاش الفقهي الدائر حول مسألة معرفة هل تحديد المعنى الذي يريده و يقصده المشرع يقتضي البحث عن إرادة المشرع وقت وضعه للنص، أم

¹ جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، طبعة منقحة، 1999، ص28.
² الدكتور فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، أوليات القانون الجنائي، النظرية العامة للجريمة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص12.
³ سمير عالية، أصول قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق، ص67.

عن الغرض من النص القانوني ذاته منفصلة و مستقلة عن إرادة واضعه، فإن التحليل الحالي يعتمد على النظرية الموضوعية في التفسير التي تعتمد في تفسيرها للنص الجنائي على حكمة التشريع ذاته منفكا عن شخص واضعه لإعتبار أن النص الجنائي مثله مثل باقي النصوص القانونية ينفصل عن إرادة واضعه بمجرد صدوره و إكتسابه قوة ملزمة في التطبيق¹. فيحدد الهدف الذي يرمي النص إلى تحقيقه مضمون النص. فإذا توصل المفسر إلى تفريد العلة من النص فإنه يتوصل كذلك إلى تفريد مضمون النص. و بذلك تتحقق فاعلية قانون العقوبات في حماية المصالح الجوهرية للمجتمع. و يعتبر تحديد المصلحة القانونية المحمية من ضمن العناصر التي يرجع إليها في عملية تفسير النصوص التجريبية و بالتالي فإنه من الضروري أن تبرز بوضوح. فبمجرد أن تكون المصلحة القانونية المحمية جريمة معينة محددة، فإن التفسير الغائي للنص سيسمح بإبعاد الأفعال التي لا تمس بهذه المصلحة من نطاق تطبيق النص التجريبي.

المطلب الأول: المصلحة المحمية في جرائم الفساد

إن مختلف الأنظمة القانونية تختلف في طريقة تجريمها للفساد و ذلك راجع أساسا لإختلاف نظرة كل نظام للمصلحة القانونية المحمية من خلال تجريم الفساد. و يظهر من خلال توسيع مجال جرائم الفساد لتطال سلوكيات جديدة و أشخاص جديدة أيضا أن المصلحة القانونية المحمية قد تطورت.

فمن مصلحة عمومية وطنية، أصبحت الأنظمة القانونية لا تحمي المصلحة العامة فحسب بل تحمي المصلحة الخاصة أيضا من خلال تجريم الفساد في القطاع الخاص. كما لم تعد المصلحة وطنية فحسب بل قد تكون مصلحة خارجية كما يظهر ذلك من خلال تجريم الرشوة المرتكبة من قبل الموظفين العموميين الأجبيين.

فهناك إذن تصورين للمصلحة المحمية من خلال تجريم الفساد، تصور ديمقراطي يركز على الشيء العمومي سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي و هناك

¹ المرجع السالف الذكر، ص. 70.

تصور حديث، و هو تصور " إقتصادي " يركز على حماية المؤسسات و السوق الوطني و الدولي.

الفرع الأول: التصور الديمقراطي

إن تجريم فساد الموظفين العموميين يعبر عادة عن إرادة الحفاظ على الشيء العمومي و ضمان إحترام الواجبات اللصيقة بممارسة الوظائف العمومية، و هي عناصر تختفي كلما إستغل الموظف العمومي وظائفه للإثراء الشخصي. فتجريم الفساد يتماشي و حركة إصلاح و تهذيب النشاط العام.

و يركز عادة على حماية المرفق العام سواء بالنظر للمكانة و الهيبة التي ينبغي أن يحض بها في المجتمع أو بالنظر للنزاهة و الوفاء الواجب توفرهما لدى الموظف العمومي أثناء تأديته لوظيفته. و تتدرج هذه العناصر كلها في ضمان حسن سير الإدارة العامة التي تهدد كلما خلط الموظف بين المصلحة العامة و مصلحته الخاصة و ترتب عن ذلك فقدان المواطن للثقة في الإدارة.

و قد إختار بعض الباحثون في هذه المسألة مصلحة قانونية أوسع نطاقا من حسن سير الإدارة و هي حياد الإدارة العمومية. فمعيار الحياد له مزية أنه ينطبق على مختلف أنواع الفساد و ينطبق على الموظفين العموميين و على غيرهم. و الحياد هو ضمان ضد تعسف الإدارة و يسمح بتفعيل المساواة بين المواطنين.

و المشرع كان يصنف الجرائم المسماة اليوم بجرائم الفساد في الباب الأول من الكتاب الثالث من قانون العقوبات تحت تسمية الجنايات و الجنح ضد الشيء العمومي و بالخصوص في الفصل الرابع المتعلق بالجنايات و الجنح ضد السلامة العمومية. مما يفيد أن الحق المحمي من خلال تجريم هذه الأفعال هو حق عام و المصلحة المحمية كذلك هي مصلحة عامة و هذا في مقابل الجرائم الماسة بحقوق الأفراد التي تحمي حقوق و مصالح خاصة. و قد قامت خطة المشرع في تصنيف الجرائم و تبويب القسم الخاص على أساس وحدة الحق المعتدى عليه في كل مجموعة من الجرائم، و بالتالي أضاف إلى

جانبا الباب الأول السالف الذكر باب ثاني بعنوان الجنايات و الجنح ضد الأفراد. و تتميز الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية بتطورها السريع و المستمر، لإرتباطها الوثيق بما يلحق الدولة و نظهما السياسية و الإجتماعية و الإقتصادية من تطور سريع، و لذلك فأحكام هذه الجرائم يلحقها التعديل التشريعي في فترات متقاربة، و هو تعديل لا يقتصر في الغالب على أحكامها التفصيلية، بل قد يشمل المبادئ الأساسية التي تحكمها و التي ينبثق منها تنظيمها التفصيلي.

و بالفعل فإن التعديل الذي طرأ على جرائم الفساد قد جاء بناء على ما طرأ من تطور سياسي و إقتصادي في البلاد هذا إلى جانب إنضمام الجزائر إلى المواثيق الدولية و رغبتها في إكتساب مصدقية دولية الأمر الذي فرض عليها إدخال العديد من التعديلات على قوانينها لا سيما العقابية منها. و يمكن حتى أن نقول أن صياغة القاعدة القانونية قد إنتقلت من المستوى الوطني إلى المستوى الدولي و بالتالي تم تجاوز المقاربة المركزة على الذات (approche auto-centrée) التي تحدد مجال تطبيق القاعدة الجنائية في حماية الأموال القانونية الوطنية¹.

فقانون العقوبات كان يصنف جرائم الفساد ضمن الجرائم ضد الشيء العمومي و جعلها جرائم الموظفين العموميين و من في حكمهم. فكانت المصلحة المحمية مصلحة عمومية بالدرجة الأولى تتمثل في حماية المال العام و في حماية الوظيفة العامة من التعفن و بالتالي المساس بالأسس الديمقراطية للدولة. أما القانون 01/06 فإنه مع إبقائه لجرائم الفساد التي ترتكب من قبل الموظفين العموميين و من في حكمهم فقد أضاف جرائم الفساد في القطاع الخاص و كذلك جرائم الفساد التي ترتكب في الخارج من قبل الأجانب. مما يدل على تطور المصلحة المراد حمايتها من خلال تجريم أفعال الفساد و بالتالي ظهر المدلول الإقتصادي للمصلحة المحمية لكن قبل التطرق إلى هذا المدلول نخصص عنواننا للإشارة للمصلحة القانونية الأجنبية محل الحماية في جرائم الفساد.

¹ Juliette Tricot, la corruption internationale, les figures de l'internationalisation en droit pénal des affaires. La criminalisation imposée en droit interne par le droit international, R.S.C.D.P, 2005(4), p753.

الفرع الثاني: المصلحة الأجنبية محل الحماية

لقد جرم قانون مكافحة الفساد بموجب المادة 28 منه فعل الرشوة المرتكبة من قبل الموظفين العموميين الأجبيين في مجال المعاملات ذات الصلة بالتجارة الدولية و بذلك قد سلك منحرجا مهما في تاريخ القانون الجنائي فيما يخص عملية تدويل القانون الجنائي. فإن كانت عمليات التدويل المتعارف عليها بالنسبة للعديد من الجرائم تتم عن طريق التنسيق ما بين مختلف القوانين الجنائية الوطنية و كذلك عن طريق تقرير التعاون الدولي في متابعة و معاقبة الجريمة الدولية أي بعبارة أخرى عن طريق حل المشاكل التي يطرحها مبدأ الإقليمية، فإن عملية التدويل المستنتجة من المادة 28 تختلف عن آليات التدويل المذكورة أعلاه. ذلك أنه من زاوية وضع القاعدة أو تقنية التعيد (technique normative) فإن كان العنصر الخارجي هو الإقليم فإن المشكل يحل عن طريق الاتفاق حول قواعد الاختصاص، لكن بالنسبة للحالة التي بين أيدينا فإن القانون الجنائي الوطني يتكفل بمصالح أجنبية عنه، سواءا كانت مصالح دولة أجنبية أو مصالح منظمة دولية، أي أن عنصر الخارجية (extraneité) ليس هو الإقليم و إنما المصلحة القانونية المحمية، و هو عنصر منصوص عليه في متن النص التجريمي. فلم يعد الأمر مجرد تنسيق قواعد تطبيق القانون الجنائي من حيث المكان و إنما يخص إدراج العنصر الأجنبي في القاعدة التجريبية ذاتها. فالمشروع الوطني قد أصدر نسا جنائيا لا يحمي أية مصلحة قانونية وطنية و إنما يتكفل بمصلحة خارجية أجنبية و ذلك رغم ربطه للجريمة بمجال التجارة الدولية و كأن التجارة الدولية أصبحت مصلحة مشتركة بين كل الدول مثلها مثل حقوق الإنسان. كما أن مصلحة التجارة الدولية ليست مصلحة مستقرة المدلول فهل هي حرية المنافسة وفق قواعد السوق أم أنها تمارس ضمن احترام المبادئ الديمقراطية على المستوى الدولي. و فيما يلي نصل إلى دراسة المدلول الإقتصادي للمصلحة المحمية

الفرع الثالث: المدلول الإقتصادي للمصلحة المحمية

لقد سبق ذكر أن الطابع العمومي للمصلحة المحمية يزول عندما يصبح القطاع

الخاص محلا للحماية الجنائية. و هذا ما يمكن إلتماسه بالرجوع إلى نصوص قانون مكافحة الفساد. إذ بالفعل فإنه بالرجوع إلى نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون 01/06 نجدها تضع ضمن أهداف القانون تعزيز النزاهة و المسؤولية و الشفافية في تسيير القطاعين العام و الخاص. فجرائم الفساد ليست بالجرائم المضرة بالمصلحة العامة فحسب بل هي جرائم تمس أيضا بالمصلحة الخاصة. فإزدواجية المصلحة المحمية لا شك في أنه من أهم الأسباب التي دعت بالمشروع لإخراج جرائم الفساد من إطار الجرائم ضد الشيء العمومي. و نلتمس حماية المصلحة الخاصة من خلال تجريم الفساد في القطاع الخاص. فتغيير النظام الاقتصادي الجزائري من نظام اشتراكي إلى نظام ليبرالي فتح المجال أمام ممارسات غير مشروعة في مجال المعاملات التجارية الخاصة الهدف منها هو طمس أسس المنافسة التجارية المشروعة، و بالتالي وبالرغم من أن المشروع لم ييسو بين عقوبة الرشوة المرتكبة من قبل الموظفين العموميين (الحبس من ستة الى عشرة سنوات و الغرامة من 200.000 دج الى 1.000.000 دج) و عقوبة الرشوة في القطاع الخاص (الحبس من ستة أشهر الى خمس سنوات و الغرامة من 50.000 دج الى 500.000 دج) الا أنه لم يبق على تصنيف الرشوة ضمن الجرائم ضد الشيء العام بل اعتبرها أيضا من الجرائم المضرة بالمصلحة الخاصة. فالطابع العمومي المحظ للمصلحة المحمية يزول عندما يصبح القطاع الخاص محلا للحماية الجنائية. نلاحظ في الأخير أن في النظام الجزائري الجديد مثله مثل ما في الأنظمة التي تتأثر بالنصوص الدولية، المصلحة المحمية تتبع من تصور أكثر ليبرالية و أقل ديمقراطية. فبالرغم من أن النصوص تخص الموظفين العموميين فإن المصلحة المراد حمايتها من خلال تجريم أفعال الفساد المرتكبة بغرض الحصول أو الإحتفاظ على عقود أو أية مزايا في مجال النشاطات الإقتصادية هي حرية المنافسة و هذا ما سنتعرض له بالتفصيل في المطلب الثاني الخاص بالمصلحة المحمية في جرائم الفساد المتعلقة بالصفقات العمومية.

المطلب الثاني: المصلحة المحمية في جرائم الفساد المتعلقة بالصفقات العمومية

لقد عرفت المصلحة المحمية من خلال تجريم إبرام الصفقات العمومية تطورا ملحوظا لمجرد الإطلاع على تطور نص التجريم، فقد ربط المشرع في المادة 423 كما وردت في القانون 47/75 السالف الذكر تجريم الفعل " بمخالفة المصالح الاقتصادية الأساسية للدولة" ثم عدل هذه العبارة بموجب القانون 04/82 لتصبح " بمخالفة المصالح الاقتصادية الأساسية للأمة" ثم إستبدلها في سنة 1988 بعبارة " قاصدا المس بمصالح الدولة أو الجماعة المحلية أو الهيئة التي يمثلها" ثم ألغى تماما عبارة المساس بالمصلحة ليقصر في المادة 128 مكرر على مجرد " مخالفا بذلك الأحكام التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل" و في الأخير نص في المادة 26 من القانون 01/06 بعد تعديلها بموجب القانون 15/11 المؤرخ في 2 أوت 2011 على ربط جريمة المحاباة بمخالفة الأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات. فيتضح من خلال النصوص السالفة الذكر أن المصلحة المحمية قد تطورت من المصالح الاقتصادية الأساسية للدولة إلى المصالح الاقتصادية الأساسية للأمة ثم ألغيت من المصلحة المحمية صفة الاقتصادية لتصبح الحماية تنصب على مصالح الدولة أو الجماعة المحلية أو الهيئة المبرمة للصفقة و ذلك بدون تحديد نوع المصلحة، ثم إختفى مدلول حماية المصلحة في المادة 128 مكرر و كذلك في المادة 26 من القانون 01/06 في صياغتها الأصلية بحيث أسست الجريمة على مجرد مخالفة نصوص التعامل بالصفقات العمومية، إلا أن الصياغة الجديدة للمادة 26 حصرت النصوص التي تشكل مخالفتها عنصرا في تجريم المحاباة في تلك التي تكفل حرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات وهذه الأخيرة تشكل قواعد المنافسة المشروعة. فتعود المصلحة المحمية إلى الظهور في شكل المنافسة المشروعة. فإدخال المنافسة المشروعة كقاعدة تعامل بالمال العام هو نتيجة التوجه الاقتصادي الليبرالي الجديد. إذ بالفعل فإنه بعد إنهيار الإتحاد السوفياتي في أواخر التسعينات و هيمنة النظام الليبرالي على إقتصادات العالم أضحى من الضروري و في إطار تعزيز أسس النظام الليبرالي لا سيما أساس

المنافسة المشروعة أن تعتبر هذه الأخيرة من المصالح الجديرة بالحماية و لعل جرائم الفساد أكبر خطر يهدد هذه المنافسة المشروعة. و قد أكدت إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في أكثر من موضع على أن الفساد يمس إلى جانب المؤسسات الديمقراطية وسيادة القانون **الإقتصادات الوطنية**. و بما أن أغلب هذه الإقتصادات الوطنية تسير نحو النظام الليبرالي فجدير بها أن تجعل من أسس هذا النظام مصالحا جديرة بالحماية. هذا و قد عاد المشرع الوطني بعد خمس سنوات من صدور القانون 01/06 ليؤكد على ضرورة إحترام أسس المنافسة المشروعة من خلال تعديله لنص المادة 26 بموجب القانون 15/11 المؤرخ في 2 أوت 2011 و ربط جريمة المحاباة بمخالفة الأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات. و هذا ما تكرسه أيضا المادة 3 من المرسوم الرئاسي 236/10 التي جاء فيها أنه لضمان نجاعة الطلبات العمومية و الإستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المترشحين و شفافية الإجراءات ضمن إحترام أحكام هذا المرسوم¹. و هذا ما تؤكد أيضا المادة التاسعة من القانون 01/06 ضمن الباب الثاني المتعلق بالتدابير الوقائية في القطاع العام على أنه يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية و المنافسة الشريفة و النزاهة و على معايير موضوعية². وهذه المبادئ ليست إلا مظاهرا من مبادئ عامة كرسها الدستور في العديد من نصوصه. و قد سميت مبادئها لأنها تطبق بصفة عامة على كل الصفقات العمومية دون إستثناء و سميت أساسية لأنها الأهم في مجال الشراء العمومي و هي مبادئ مستمدة من المبادئ العامة للقانون التي ينص عليها

¹ و الملاحظ في هذا الإطار أن المرسوم الرئاسي 250/02 الملغى لم يكن يتضمن عند صدوره نصا مماثلا و ذلك إلى غاية 2008/10/26 بحيث عدل بموجب المرسوم الرئاسي 338/08 الذي أضاف المادة 2 مكرر التي نصت على المبادئ المذكورة أعلاه.

² نصت إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على هذه المبادئ في مادتها 9 كما يلي:..تقوم كل دولة طرف، وفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، بالخطوات اللازمة لإنشاء نظم إشتراء مناسبة تقوم على الشفافية و التنافس و على معايير موضوعية في إتخاذ القرار...

الدستور لا سيما مبدأ المساواة و مبدأ حرية التجارة و الصناعة¹ و فيما يلي يتم التعرض لدراسة هذه المبادئ.

الفرع الأول: حماية مبدأ المساواة

يعتبر مبدأ المساواة في معاملة المترشحين مظهرا من مظاهر مبدأ مساواة الأشخاص أمام القانون و هو المبدأ الذي تكرسه مادتان من الدستور أولهما المادة 29 بنصها على أن كل المواطنين سواسية أمام القانون، و ثانيهما المادة 31 بنصها على أن المؤسسات تستهدف ضمان مساواة كل المواطنين و المواطنات في الحقوق و الواجبات. و هو أيضا مبدأ منصوص عليه في المواثيق الدولية لاسيما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

و مفاد هذا المبدأ في مجال إبرام الصفقات العمومية أنه لا يجوز للمشتري العمومي أن يخص أحد المترشحين لنيل الصفقة بمعاملة خاصة تجعله في مركز أفضل من باقي المترشحين، فعلى السلطة المانحة أن تخضع جميع المترشحين للصفقة الى نفس الإجراءات و نفس الشروط و لا تفرق بينهم على أساس معايير ذاتية، فالإختيار و الأفضلية لا تمنح إلا على أساس المعايير الموضوعية المنصوص عليها في النصوص القانونية و التنظيمية الجاري بها العمل. و هذا لا يتنافى و إمكانية فرض الإدارة لشروط إضافية على المتقدمين إليها تضمن توفر خبرات خاصة أو تطلب وثائق أو شهادات معينة لا تتوفر إلا لدى فئة معينة من الراغبين في التعاقد . ناهيك عن أن الإدارة تملك إعفاء بعض المتقدمين من بعض الشروط كإعفاء الشركات الوطنية من التأمين الابتدائي الواجب تقديمه أو شرط توافر القدرة المالية أو كمنح هامش أفضلية للمنتجات الوطنية².

الفرع الثاني: حماية مبدأ شفافية الإجراءات

مفاد مبدأ شفافية الإجراءات أنه ينبغي أن تكون إجراءات إبرام الصفقات العمومية

¹ المادة 31 بالنسبة لمبدأ المساواة و المادة 37 بالنسبة لمبدأ حرية التجارة و الصناعة.

² المادة 23 من المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

واضحة و في متناول كل المترشحين لا سيما من خلال الحرص على علانية المعلومات المتعلقة بها و كذلك من خلال الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الإنتقاء و هذا ما نصت عليه المادة 9 من القانون 01/06 و كذلك المادة 9 من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي حثت الدول على ضرورة إنشاء نظم إبرام مناقصات تقوم على الشفافية و ذكرت بالخصوص ضرورة توزيع المعلومات المتعلقة بإجراءات و عقود الإشتراء، بما في ذلك المعلومات المتعلقة بالدعوات إلى المشاركة في المناقصات و المعلومات ذات الصلة أو الوثيقة الصلة بإرساء العقود، توزيعا عاما مما يتيح لمقدمي العروض المحتملين وقتا كافيا لإعداد عروضهم و تقديمها. و بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية نجده ينص في المادة 45 على إلزامية الإشهار الصحفي للمناقصات و بعض الإجراءات الأخرى لإبرام الصفقات العمومية كما ينص في مادته 46 على البيانات الإلزامية التي يحتويها إعلان المناقصة ثم المادة 47 فيما يخص وضع المصلحة المتعاقدة للوثائق المتعلقة بالصفقة تحت تصرف المترشحين كما حددت المادة 49 كيفية نشر إعلان المناقصة و كذلك إعلان المنح المؤقت للصفقة.

فالقاضي الجنائي ملزم بالإلمام بهذه النصوص و غيرها التي يكون من شأنها تكريس الشفافية في مجال إبرام الصفقات العمومية، فيلاحظ مرة أخرى قصور المادة 26 من القانون 01/06 بمفردها على تحديد عناصر جريمة إعطاء الإمتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية و ضرورة البحث في نصوص قانونية أخرى لإيجاد الإجراء المخالف، فلن يتمكن بذلك القاضي الجنائي للجوء مباشرة إلى قانون موحد لإيجاد الإجراء المخالف بل عليه أن يبحث في كل النصوص المتعلقة بهذه المسألة و هو أمر صعب في غياب تخصص القاضي الجنائي و إلمامه بالنصوص المنظمة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية.

الفرع الثالث: حماية مبدأ حرية الترشح

أما عن مبدأ حرية وصول المترشحين للصفقات العمومية أو حرية الترشح فيستفاد منه أن الوصول للطلب العمومي يكون حراً وحيادياً و على الشخص العمومي المانح للصفة أن يوفر جواً من المنافسة المشروعة. و عليه فلا يمكنه أن يبعد مترشحا إلا إذا لم تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في القانون. و من ذلك فإن كل بند أو إتفاق يتضمن شروطاً خاصة غير منصوص عليها في القانون يعتبر من وجهة نظر القاضي الإداري باطلاً و قد يشكل من وجهة نظر القاضي الجنائي مخالفة تبرر الإدانة بجنحة المحاباة. فهذا المبدأ يحظر على المشتري العمومي أن يبعد المترشح الذي تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في القانون، و من أجل ذلك قد حدد المشرع بدقة المعلومات التي على المترشح أن يقدمها و من خلالها الشروط الواجب توفرها فيه، فقد نصت المادة 51 من المرسوم الرئاسي 236/10 على العرض التقني و على العرض المالي الذي يجب أن تشمل عليهما التعهدات، كما أن المادة 55 قد حددت حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية سواء بصفة مؤقتة و بصفة نهائية كأن يكون المتعامل في حالة الإفلاس أو التصفية أو التوقف عن النشاط أو التسوية القضائية أو الصلح. و بالتالي فإن عدم توفر حالة من حالات الإقصاء المذكورة يمنع على المشتري العمومي ان يبعد من المشاركة في المناقصة مترشحا تتوفر لديه الشروط القانونية للترشح.

فمبدأ حرية وصول المترشحين للصفقات العمومية هو أحد الأسس التي تقوم عليها المنافسة الشريفة التي تنص عليها المادة 9 من القانون 01/06 و بالتالي فإنه لا يمكن إستبعاد النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم هذه المنافسة الشريفة من مجال تطبيق المادة 26 من القانون 01/06، و بالفعل فإنه بالرجوع إلى أحكام الأمر 03/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالمنافسة نجده ينص في مادته الثانية على أنه ينطبق على نشاطات الإنتاج و التوزيع و الخدمات بما في ذلك تلك التي تقوم بها الأشخاص العمومية طالما أنها لا تدخل في مجال ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو في إطار القيام بمهام المرفق العام.

نخلص إلى أن مدلول المنافسة وفق قانون الصفقات العمومية و وفق قانون مكافحة الفساد يتضمن بعدين، أولاً بعد تحقيق المصلحة العامة من خلال إتباع إجراءات إبرام الصفقات تضمن إختيار أنسب المتعاملين بقصد إشباع حاجيات المرفق العام و ثانياً تكريس أحد مبادئ الإقتصاد الحر المجسد في حرية المتعامل الإقتصادي في الوصول للطلبات العمومية. بينما يقتصر مدلول المنافسة وفق قانون المنافسة في حرية الدخول إلى السوق لكل المؤسسات و المقاولات و ممارسة نشاطها الإقتصادي فيه بحرية مما يقتضي وضع حد للممارسات التي تؤدي إلى الإحتكار كالاتفاقات المحظورة و استعمال المؤسسة لهيمنتها الإقتصادية تعسفياً بقصد الإحتكار. و بالتالي تلتقي قواعد إبرام الصفقات العمومية مع قواعد المنافسة في أنه إذا لم يتم إحترام هذه الأخيرة سيؤدي ذلك إلى الإخلال بمبدأ المساواة بين المترشحين لنيل الصفقة و كذلك الإخلال بمبدأ الشفافية في الإجراءات. و بالتالي فالقاضي الجنائي حين إستعانه بالمصلحة محل الحماية في تفسيره لنص تجريم المحاباة يأخذ بعين الإعتبار البعدين السالفي الذكر. و إن كان لاشك في أن الإلمام بالمصلحة المحمية يفيد في فهم النص فإن أسباب وضع و إنشاء النص من شأنها أيضاً أن تساعد في الإحاطة بمدلوله و هذا ما سنتعرض له في المبحث الثالث.

المبحث الثالث: جدوة تجريم المحاباة

إن الأصل هو أن القانون الجنائي قانون إستثنائي لا يتدخل بالآلة العقابية إلا إذا أخفقت القوانين الأخرى أو التنظيمات في بلوغ الأهداف المسطرة في إطار حماية المصالح المشروعة. و من ثم يطرح التساؤل حول مدى ضرورة تدخل القانون الجنائي في حماية المال العام و بالأخص في حماية الأموال العامة المدفوعة بمناسبة إبرام الصفقات العمومية علماً أن هناك آليات قانونية غير جنائية لرقابة مشروعية هذه الصفقات؟ و للإجابة عن هذا التساؤل نتعرض فيما يلي إلى مظاهر الحماية القانونية غير الجنائية للصفقات العمومية ثم نبرز تبرير تجريم الأفعال الماسة بمشروعية الصفقات العمومي.

المطلب الأول: الحماية الإدارية للصفقات العمومية

إن رقابة الصفقات العمومية أمر حتمي تفرضه من جهة المكانة الممتازة لها في تنفيذ المشاريع الحيوية و التنمية الكبرى للدولة و من جهة أخرى ضخامة الأموال التي تصرف في تمويل هذه الصفقات¹ 2. يمكن تعريف الرقابة على الصفقات العمومية على أنها رقابة تنصب على إجراءات الإبرام منذ بدايتها و إلى غاية تنفيذها بغرض منع وقوع إختراق للقواعد القانونية الخاصة بإبرامها من طرف الإدارة أو أي طرف من الأطراف المتعاقدة للحد من كل الجرائم السائدة في هذا المجال و التي تشكل صورا متعددة من الفساد الإداري³ لقد أوجد المشرع آليات رقابة مسبقة على عملية إبرام الصفقات العمومية الغرض منها هو حماية المال العام من الإستعمال السيئ و العشوائي غير المعبر عن الحاجة العمومية، و قد تم تنظيم هذا النوع من الحماية من خلال الرقابة الإدارية⁴ على الصفقات التي تكون على مرحلتين مرحلة الرقابة القبلية و مرحلة الرقابة اللاحقة⁵ على أننا سنقتصر في دراستنا على الرقابة القبلية أي تلك التي تمارس قبل إبرام الصفقة بإعتبار أن الجريمة التي تدرس في الباب الحالي من الدراسة هي جريمة تقع أثناء الإبرام أو التأشير و ليس بعد مرحلة تنفيذ الصفقة و هذا ما سنتعرض له فيما يلي.

و مفهوم الرقابة يدل على معنى محدد و هو التحقق والمراقبة بغرض التأكد من كون الشيء مطابق لما يتم الإعلان عنه أو كما ينبغي أن يكون بالنظر إلى معيار

¹ A.Mahiou, Cours d'institutions Administratives, 3ème édition, Office des Publications Universitaires, année 1981, p 242

² للإطلاع على تطور التنظيم القانوني للرقابة على الصفقات العمومية أنظر: فرقان فاطمة الزهرة، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون فرع الدولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، السنة الجامعية 2007/2006، ص.9 و ما يليها.

³ عباس زواوي، سلمى مانع، الرقابة الإدارية للصفقات العمومية كصورة لمكافحة الفساد الإداري، ملتقى وطني حول الفساد و آليات معالجته ، منعقد ببسكرة، أفريل 2012 ، ص 217

⁴ يعرف الفقه الإداري الرقابة على أنها التأكد و التحقق من أن تنفيذ الأهداف المطلوب تحقيقها في العملية الإدارية تسير سيراً صحيحاً حسب الخطة و التنظيم و التوجيه المرسوم لها، محمود محمد معابرة، الفساد الإداري و علاجه في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقانون الإداري، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، 2011، ص.256.

⁵ تتمثل الرقابة البعدية - اللاحقة في رقابة الوصاية المنصوص عليها في المادة 127 من المرسوم الرئاسي 236/10 و الغرض منها هو التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية و الإقتصاد، و التأكد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة تدخل فعلاً في إطار البرامج و الأسبقيات المرسومة للقطاع. هذا إلى جانب رقابة مجلس المحاسبة.

معطى¹. أما في ميدان الصفقات العمومية فالرقابة تكتسي أهمية بالغة بالنظر إلى حجم الأموال التي توظف في مجال الصفقات العمومية سواء من طرف الدولة أو الجماعات المحلية، مما يجعلها مجالاً ملائماً للمخالفات المقصودة أو غير المقصودة، المباشرة أو غير المباشرة على المال العام² و كذلك بالنظر إلى الأهمية الحيوية للقطاعات التي تنصب عليها الصفقات العمومية من توريدات وخدمات مع التشديد على قطاع الأشغال العمومية التي تهم تجهيز البلاد بالطرق، الجسور، الموانئ، السدود والمباني العمومية (إدارات، مستشفيات، مدارس، جامعات ... إلخ) وما تمثله من أهمية سوسيو اقتصادية. و الرقابة في مجال الصفقات العمومية على مستويات مختلفة فقد تكون قبل إبرام الصفقة و قد تكون عند تنفيذها أو بعد إنجازها. فقد تتصرف إلى التأكد من توفر الشروط في الفائز بالصفقة كما قد تتصرف إلى التأكد من احترام الأشغال المنجزة لمقتضيات العقد والشروط المتضمنة في مختلف الدفاتر، لكن ما يهمنا في هذا العنوان هي الرقابة القبلية أي تلك التي تكون قبل الشروع في تنفيذ الصفقة العمومية ثم نتعرض بعدها للطعون الإدارية ضد قرار منح الصفقة.

الفرع الأول: الرقابة الإدارية القبلية

لقد ظل المشرع حريصاً على وضع آليات لضمان شرعية منح الصفقة العمومية و ذلك قبل صدور قرار منحها في إطار الرقابة الإدارية القبلية و هي نوعين، رقابة داخلية و رقابة خارجية.

¹ F.J. FADERE, « Le contrôle des finances publiques », presse universitaire de France, Paris 1968, p 8. cité dans « Droit de marché public au Maroc, quelle adaptation à la réalité des collectivités locales ? », Thèse d'Etat préparé par : HMIDANE Abdellatif, Université Med ben Abdellah, Faculté des sciences juridique s, économiques et sociales, Fès, année 2004, p 317

² Driss KHOUDRY, « Gouvernance, finance publique et management intégrée », édition maghrébine, 2000, p 75.

أ/ الرقابة الداخلية

أما الرقابة الداخلية¹ فتكون قبل الشروع في تنفيذ الصفقة العمومية، و يفهم منها بصفة عامة التنظيم، القواعد و الإجراءات الموضوعة و المتبعة لضمان أن البرامج الموضوعة تحقق النتائج المحددة ، و أن الموارد المستعملة تطابق أو توافق الأهداف المععلن عنها، و أن الوقاية من التبذير و الغش و سوء التسيير موجودة ، و أن القرارات تم اتخاذها بناءا على معلومات حقيقية، واقعية و المتوفرة وقت اتخاذ القرار²، فهي تسمح بضمان النظامية و التحكم في إجراءات الصفقات العمومية و كذلك ضمان الحفاظ على مصالح الإدارة بتحقيق النوعية الملائمة، المرغوبة اقتصاديا، في الوقت المطلوب ، بسعر ممتاز، من طرف متعامل مؤهل ، و أخيرا ضمان مبدأ المساواة أمام الطلب العمومي و الذي يفرض حرية الوصول للصفقة مهما كان نوعها. و هي رقابة دائمة تمارس من طرف أجهزة خاصة بكل مصلحة متعاقدة على حدة، حسب النصوص المتضمنة تنظيم مختلف المصالح المتعاقدة و الأنظمة الخاصة بها³ و قد تناول المشرع أحكام الرقابة الداخلية للصفقات العمومية في المواد من 120 إلى 125 من المرسوم الرئاسي 236/10 فبين الهيئات المكلفة بالرقابة في هذا الإطار و هي أولا اللجنة الدائمة لفتح الأظرفة المنصوص عليها في المادة 121 من المرسوم الرئاسي 236/10 و ثانيا لجنة تقييم العروض المنصوص عليها في المادة 125 من نفس المرسوم.

فأما لجنة فتح الأظرفة⁴ فتتمثل مهمتها أساسا في إثبات صحة تسجيل العروض في سجل خاص و إعداد قائمة المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة عروضهم مع

¹ ظهر مصطلح الرقابة الداخلية في مرسوم 82-145 خصص المشرع القسم الفرعي الأول من القسم الأول للباب الخامس للرقابة الداخلية، نفس الشيء في المرسوم التنفيذي 91-434 و المرسوم الرئاسي 02-250 و كذلك المرسوم الرئاسي 236/10

² Houria Belkacem, Les Institutions Supérieures de contrôle des Finances Publiques et les systèmes de contrôle interne, Cour des comptes, Février 2001, p 03

³ فرقان فاطمة الزهرة، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، المرجع السابق، ص، 10
⁴ للإطلاع على تفاصيل حول تشكيلة و سير هذه اللجنة راجع المرجع السالف الذكر.

توضيح محتوى و مبالغ المقترحات و التخفيضات المحتملة، كما تعد وصفا مفصلا للوثائق التي يتكون منها كل عرض، ثم تحرر محضرا أثناء إنعقاد الجلسة يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين و هي أيضا تدعو المتعهدين عند الإقتضاء لإستكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة، و أخيرا تحرر عند الإقتضاء محضر بعدم جودة العملية و ذلك في حالة إستلام عرض واحد أو عدم إستلام أي عرض.

أما لجنة تقييم العروض فتتولى تحليل العروض و بدائلها عند الإقتضاء من أجل إبراز الإقتراح أو الإقتراحات التي ينبغي تقديمها للهيئات المعنية. فهي بذلك تقوم بإقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة و محتوى دفتر الشروط، أما بقية العروض فنقوم بتحليلها على مرحلتين. مرحلة أولى تتولى فيها الترتيب التقني للعروض و مرحلة ثانية تقوم من خلالها بدراسة العروض المالية للمتعهدين.

ب/ الرقابة الخارجية

إذا تم اختيار المتعامل المكلف بإنجاز المشروع، يتم إعداد صفقة تخضع قبل دخولها حيز التنفيذ لرقابة خارجية قبلية و الغاية من هذه الرقابة هو التحقق من مطابقة الصفقات المعروضة على الهيئات الخارجية للتشريع و التنظيم المعمول بهما، كما ترمي إلى التحقق من مطابقة إلتزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية و تمنح اللجنة المختصة عقب الرقابة تأشيرة بدونها لا يمكن تنفيذ الصفقة، قد نص المرسوم الرئاسي 236/10 في المادة 128 على أنه تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة¹، لجنة للصفقات تكلف بالرقابة قبلية للصفقات العمومية، و قد نص المشرع على هذه اللجان كما يلي:

— اللجان الوطنية للصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 142 من المرسوم الرئاسي 236/10 و التي من ضمن مهامها نجد الرقابة على صحة إجراءات

¹ تم تنظيم الرقابة الخارجية لأول مرة بموجب المرسوم رقم 82-145 المادة 115 و أعيد تنظيمها بموجب المادة 111 من المرسوم التنفيذي 91-434 و احتفظ بنفس لمادة المرسوم الرئاسي 250/02

إيرام الصفقات العمومية¹.

— اللجنة الوزارية للصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 133 من نفس الرسوم و التي تختص بدراسة مشاريع صفقات الإدارة المركزية.

— لجنة الصفقات العمومية الولائية المنصوص عليها في المادة 135 من نفس الرسوم.

— اللجنة البلدية للصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 137 من نفس الرسوم.

— لجنة صفقات المؤسسات و الهيئات المنصوص عليها في المواد 134 و 138 من نفس المرسوم.

بالإضافة إلى الرقابة القبلية التي تمارسها اللجان السالفة الذكر هناك رقابة إدارية تكميلية تتمثل أساسا في الرقابة التي تقوم بها وزارة المالية و رقابة مجلس المحاسبة.

أما رقابة وزارة المالية فهي تقوم على أساس فكرة الإعتراف للإدارة المالية المركزية بحق متابعة و مراقبة النشاط المالي للوزارات الأخرى². و تتجسد هذه الرقابة أولا في رقابة الأعوان الماليين و هم المراقب المالي le contrôleur financier و مراقبة المحاسب العمومي و ثانيا رقابة المفتشية العامة للمالية.

فبالنسبة للمراقب المالي³، نجد أن المادة 165 من المرسوم الرئاسي 236/10 تنص على أنه تعرض المصلحة المتعاقدة مشروع الصفقة بعد أن تكون قد رفعت التحفظات المحتملة المرافقة للتأشيرة التي تسلمها هيئة الرقابة الخارجية القبلية المختصة، على الهيئات المالية لكي تلتزم بالنفقات قبل موافقة السلطة المختصة عليها و البدء في

¹ المادة 143 من المرسوم الرئاسي 236/10

² A.Abbas, C.Louahem, Contrôle des Dépenses Publiques, Mémoire fin d'étude, Institut National des Finances, 11ème Promotion 1991/1995, p.6.

³ " يعرف على أنه عون إداري مكلف بالرقابة المسبقة للنفقات الملتمزم بها ، يتمتع بنظام قانوني خاص باعتباره يخضع لسلطة وزير المالية الذي يتولى تعيينه (2) ، فكل النفقات مهما كان نوعها يجب إخضاعها من طرف الأمر بالصراف لتأشيرة المراقب المالي " فرقان فاطمة الزهرة، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، المرجع السابق، ص، 59.

تنفيذها. فكل النفقات يجب إخضاعها لتأشير المراقب المالي¹ الذي يهتم بالمراقبة الآلية و الشكلية للنفقة الملتزم بها في الصفقة و لا يهتم بالغرض و الغاية منها². و تتوج عملية الرقابة التي يقوم بها المراقب المالي بمنح التأشير في حالة مطابقة إجراءات إبرام الصفقة للتشريع المعمول به أو رفضها في غير ذلك.

أما رقابة المحاسب العمومي³ فهي رقابة مكملة لرقابة المراقب المالي⁴ و المحاسب العمومي يقوم بمراقبة الصفقة و التحقق من مطابقتها للتشريع المعمول به و هذا في إطار دفع مستحقات المقاول الذي قام بتنفيذ الأشغال.

أما رقابة المفتشية العامة للمالية⁵ فهي تشمل كل الإيرادات و النفقات و الإقتراحات التي لها أثر مالي و بالتالي تخضع الصفقات العمومية لرقابتها، إلا أن رقابتها لا تتوج إلا بتقرير لا يرق لمستوى القرار بل يتضمن ملاحظات و نتائج غير ملزم الناتجة.

أما مجلس المحاسبة فهو يمارس رقابة خارجية لاحقة لعمليات الإنفاق الناتجة و المتعلقة بالصفقات العمومية⁶، و هو يراقب إجراءات إبرام الصفقة و كذلك تنفيذها. و تتوج رقابة مجلس المحاسبة في حالة إثبات مخالفة بتقرير يرسل إلى النيابة العامة لأجل إتخاذ إجراءات المتابعة.

إلى جانب النص على الرقابة المتعددة لإبرام الصفقات العمومية أوجد القانون طرقاً لإلغاء قرار إبرام الصفقات العمومية سواء من قبل الإدارة ذاتها أو من قبل القضاء، تقتصر في هذا الفرع على الطعون الإدارية و نرجيء الحديث عن الطعون القضائية إى المطلب الثاني..

¹ بإستثناء نفقات البلدية و البرلمان الخاضعة لرقابة خاصة بها وفق ما جاء في المادة 2 من المرسوم التنفيذي 414/92 المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها.

² المادة 58 من القانون 21/90 المؤرخ في 15/9/1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية

³ و هو موظف عمومي معين من قبل وزير المالية و يخضع لسلطته وفق المادة 34 من القانون 21/90 السالف الذكر

⁴ مصطفىاوي حكيم، الرقابة على النفقات العامة، مذكرة نهاية الدراسة، المعهد الوطني للمالية، 1994-1995، ص 46

⁵ المفتشية العامة للمالية جهاز دائم للرقابة (2) موضوع تحت السلطة المباشرة لوزير المالية، و قد تم استحداثها لأول مرة بموجب المرسوم 53/80 المؤرخ في 1/3/1980 المتضمن إحداث المفتشية العامة للمالية.

⁶ للإطلاع على تفاصيل رقابة مجلس المحاسبة على الصفقات العمومية راجع، فرقان فاطمة الزهرة، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، المرجع السابق، ص، 70-81.

الفرع الثاني: الطعون الإدارية في الصفقات العمومية.

لقد أقر المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية إمكانية وجود نزاع أو خلاف أثناء عملية إبرام الصفقة ، بحيث أقر للمتعهد الذي لم يتم إختياره ، بإمكانية الطعن في الإختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة ، وهذا الإجراء الجديد يعتبر ضمان إضافي لحماية حقوق المتنافسين و قد نصت عليه المادة 114 من المرسوم المشار إليه أعلاه فأقرت الحق للمتعهد الذي يحتج على الإختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار مناقصة أو إجراء بالتراضي بعد الإستشارة في أن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة. و تصدر لجنة الصفقات المختصة رأيا في أجل 15 يوما ابتداء من تلتريخ إنقضاء أجل 10 أيام السالفة الذكر و يبلغ هذا الرأي للمصلحة المتعاقدة و لصاحب الطعن. يتوج هذا الطعن في حالة تأسيسه بإلغاء إجراء إبرام الصفقة أو منحها المؤقت من قبل المصلحة المتعاقدة و ذلك بعد الموافقة المسبقة من الوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي المعني، و تنشر المصلحة المتعاقدة إلغاء إجراء إبرام الصفقة أو عدم جدواها، ضمن نفس الأشكال التي تم على أساسها نشر المنح المؤقت للصفقة.

هذا و قد قررت المادة 61 من المرسوم الرئاسي 236/10 أنه دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص بصفة مباشرة أو غير مباشرة إما لنفسه أو لكيان آخر مكافأة أو إمتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة أو عقد أو ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه من شأنه أن يشكل سببا كافيا لإلغاء الصفقة أو العقد أو الملحق المعني. و من شأنه أيضا أن يكون سببا كافيا لإتخاذ أي تدبير ردعي آخر، يمكن أن يصل حد التسجيل في قائمة المتعاملين الإقتصاديين الممنوعين من تقديم عروض للصفقات العمومية و فسخ الصفقة.

إذا أخفقت الرقابة الإدارية في منع إبرام صفقات غير مشروعة لا يبق أمام المترشح إلا اللجوء إلى القضاء.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على الصفقات العمومية

إن الأصل أن الرقابة على الأعمال الإدارية هي من إختصاص القضاء الإداري بحيث تنص المادة 800 ف(1) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية. و بإعتبار الصفقات العمومية من العقود الإدارية فهي تخضع لولاية هذه المحاكم. لكن بالرجوع إلى نص المادة 55 من القانون 01/06 أجاز المشرع للقاضي الناظر في الدعوى أن يبطل و يعدم آثار كل عقد أو صفقة أو براءة أو إمتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب إحدى جرائم الفساد. هذا إلى جانب العقوبة التي يبدان بها الفاعل إذ تنص المادة 55 من القانون 01/06 على أنه يمكن للجهة القضائية الناظرة في جرائم الفساد أن تصرح ببطلان و انعدام آثار الصفقة أو العقد أو غيرها مما يتحصل عليه من ارتكاب هذه الجرائم. و ما يميز هذا الإجراء هو كونه أصلا من إختصاصات الإدارة أو القاضي الإداري طبقا لأحكام المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. هذا و قد نصت المادة 61 من المرسوم الرئاسي 236/10 على أنه دون الإخلال بالمتابعات الجزائية، كل من يقوم بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر، مكافأة أو إمتياز مهما كانت طبيعته، بمناسبة تحضير صفقة أو عقد أو ملحق أو التفاوض بشأن ذلك أو إبرامه أو تنفيذه، من شأنه أن يشكل سببا كافيا لإلغاء الصفقة أو العقد أو الملحق المعني...

و ما يمكن ملاحظته في هذا الإطار هو تمديد الإختصاص النوعي للقاضي الجنائي لما ليس من إختصاصه أصلا، فإبطال العقود الإدارية و ما في حكمها لا يدخل ضمن صلاحيات البث في الدعوى العمومية و لا في صلاحيات البث في الدعوى المدنية لأن بطلان الصفقة ليس تعويضا و إنما يترتب على فحص مدى شرعية العقد ثم تقرير بطلانه

و هي كلها إجراءات من إختصاص القضاء الإداري. فخروج المشرع عن قواعد الإختصاص النوعي التي هي من النظام العام، يعبر عن مدى حرصه على إبطال الصفقات المتحصل عليها بناء على ارتكاب جرائم الفساد بجعله للإختصاص في الرقابة على الصفقات العمومية مزدوجا بين القاضي الإداري و القاضي الجنائي و هذا ما سنتعرض له فيما يلي.

الفرع الأول: الرقابة من خلال الدعاوى غير الجزائية

تتمثل الدعاوى القضائية غير الجنائية التي يمكن رفعها ضد قرار منح الصفقة العمومية أولا في دعوى إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة القابلة للإنفصال عن الصفقة العمومية و هي دعوى خاضعة للمبادئ العامة لقانون المنازعات الإدارية و ثانيا الدعوى الإستعجالية التي إستحدثها المشرع بموجب القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي يمكن رفعها من قبل المقاولين الذين يعارضون قرار منح الصفقة.

1/ دعوى الإلغاء

تسمح دعوى الإلغاء للقاضي الإداري بإلغاء القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن الصفقة العمومية، حيث أن عملية إبرام الصفقة ترتبط بإصدار قرارات إدارية من طرف المصلحة المتعاقدة في كل مراحل الصفقة منها مثلا قرار المنح المؤقت للصفقة، قرار منح التأشير و قرار فرض جزاءات مالية على المتعامل المتعاقد كما تعتبر من قبيل القرار الإداري المداولة التي تصدر عن المجلس الشعبي البلدي التي تسمح لرئيسه بإمضاء الصفقة مع مؤسسة معينة و إستبعاد المؤسسات الأخرى، فهذه المداولة تعتبر قرارا منفصلا عن العقد، فيمكن للمؤسسات المستبعدة الطعن فيها بالإلغاء لتجاوز السلطة. فمثل هذه القرارات يمكن أن تكون محل دعوى إلغاء أمام القضاء الإداري¹، مما يجعله مختصا لرقابة مشروعية الصفقة من خلال فحصه للقرارات التي بنيت عليها. و القاضي

¹ حمزة خضري، الوقاية من الفساد و مكافحته في إطار الصفقات العمومية، دفاقر السياسة و القانون، جوان 2012، العدد 7، ص، 184.

الإداري مستقل عن القاضي الجنائي بحيث أنه غير مرتبط كأصل عام بما يحكم به القاضي الجنائي لأن زاوية التدخل و الإختصاص بين القاضيين مختلفة و من أجل ذلك قرر القضاء الإداري الفرنسي أنه في حالة وجود دعويين أمام القاضي الإداري و القضاء الجنائي حول نفس الوقائع فإن القاضي الإداري لا يرجي الفصل في دعواه إلى حين الفصل في الدعوى العمومية كما هو الشأن بالنسبة للقاضي المدني، ففي قضية " محاباة " قررت محكمة إستئناف إدارية فرنسية أن فحص القاضي الإداري لمشروعية قرار إتخذته لجنة مناقصة بمنح صفقة لإحدى المؤسسات غير مرتبط بقرار القاضي الجنائي الذي كان ينظر في نفس الوقت في وقائع جنحة المحاباة و بالتالي قضت برفض إرجاء الفصل في الدعوى الإدارية إلى حين فصل القاضي الجزائي في الدعوى العمومية¹. لكن مع ذلك يبقى أن الحكم الجنائي الحائز لقوة الشيء المقضي فيه له حجية على القاضي الإداري فيما يخص الوقائع التي أثبتها، و من ثمة لا يجوز للقاضي الإداري إعادة مناقشة هذه الوقائع^{2 3}.

في الأخير جدير أن نلاحظ بأن إلغاء القرارات المذكورة لا يؤدي تلقائيا إلى إلغاء الصفقة، حيث أن الإدارة تملك حسب ظروف كل قضية أن تستخلص النتائج التي تترتب على إلغاء القرار الإداري و ذلك تحت رقابة القاضي⁴. هذا و قد منح القضاء الإداري الفرنسي إمكانية جديدة للمتشحين المقصيين من الصفقات العمومية، تسمح لهم بالطعن في صحة العقد الإداري ذاته، و ذلك بعد إبرامه، مع إمكانية طلب التعويض في حالة وقوع الضرر نتيجة الإقصاء⁵.

¹ Cour Administrative d'appel de Paris, 26/06/2007, n° 04 PA 02804.

² Conseil d'Etat, 30/01/2008, n° 279412.

³ لمزيد من التفاصيل حول هذه النقطة إرجع إلى:

Le juge administratif et les atteintes à la probité, Service Central de Prévention de la Corruption, Rapport pour l'année 2010, p : 143-186

⁴ د. محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية، سنة 2010 العدد 2 ص 84.

⁵ قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 2007/07/16، مذكور في مقال الدكتور محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المرجع السالف الذكر، ص. 84.

2/ الدعوى الإستعجالية

تتمثل الدعوى الإستعجالية المستحدثة بموجب المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في الدعوى التي يرفعها كل من تضرر من جراء إختيار و أنتقاء الإدارة للمتعاقد معها، فقد نصت المادة السالفة الذكر على أنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، و ذلك في حالة الإخلال بالالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية. و يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد و الذي قد يتضرر من هذا الإخلال، و كذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية. فتمثل مهمة القاضي الإداري في هذه الدعوى في مراقبة مدى إحترام الإدارة لإلتزامها المتعلق بالمنافسة و الإشهار. و للمحكمة الإدارية في هذا الإطار صلاحيات واسعة في إتخاذ الإجراءات التحفظية كتأجيل إمضاء العقد أو الأمر بالغرامة التهديدية عند أمرها للمتسبب في الإخلال بالإمتثال لإلتزاماته. فإذا لاحظ القاضي الإداري أي إخلال بهذه الإلتزامات يمكنه أن يأمر الإدارة بتأجيل إمضاء العقد مع الفائز بالصفقة إلى نهاية الإجراءات، و لمدة لا تجاوز 20 يوم كما يمكن أن يحكم على الإدارة بغرامة تهديدية من أجل الإمتثال لإلتزاماتها. فالقاضي الإداري في هذه الدعوى لا يتصدى لموضوع النزاع و لا يقوم بدراسة مقارنة للترشحات و العروض المقدمة و إنما يتدخل بصفة مسبقة على إبرام الصفقة و يمنع إتمام الإبرام إذا كانت هناك مخالفة لقواعد المنافسة.

الفرع الثاني: الرقابة من خلال الدعوى الجزائية

ما يمكن ملاحظته مما سبق أن المشرع قد أولى مسألة حماية الصفقات العمومية أهمية كبيرة من خلال تقريره لرقابتها على مستويات مختلفة و من إخضاع الصفقات لرقابة القضاء سواء في إطار دعوى الإلغاء أو في إطار دعوى الإستعجال في مادة إبرام العقود و الصفقات المستحدثة بموجب المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و بالتالي فإن النصوص الجنائية المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية لم تصدر بسبب خلو

القانون الإداري من آليات رقابة الصفقات و إمكانية إلغائها و إنما جاءت لأسباب أخرى نتعرض لها في العنوان الأول الموالي في حين نخصص العنوان الثاني للإطلاع على بعض التحفظات التي تثيرها مسألة تجريم التعامل في الصفقات العمومية.

1/ مبررات تجريم التعامل في الصفقات العمومية:

إن كان قانون العقوبات ظل يتضمن جرائم الرشوة و إستغلال النفوذ و أخذ فوائد بصفة غير قانونية فإنه قلما أودعت شكاوى من أجل هذه الجرائم في إطار الصفقات العمومية نظرا لسرية هذه الأفعال و قلة الإبلاغ عنها لما في ذلك من إعتبارات سياسية كون مراكز القرار تحضى بمركز متميز في السلطة. فمن أجل ذلك تدخل المشرع لتعزيز الحماية الجنائية للصفقات العمومية من خلال تحديث الجرائم السالفة الذكر و لكن خاصة من خلال إستحداث جريمة خاصة بالصفقات العمومية و هي جريمة إعطاء إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية المعروفة بجريمة " المحاباة " أو " المفاضلة".

و لعل نقطة الإنطلاق نحو تجريم التعامل غير الشرعي في الصفقات العمومية كانت من أوروبا بحيث شاع الحديث إبتداءا من أواخر سنة 1991 عن عملية " أيدي نظيفة" "Mains propres" التي شرع فيها في مدينة ميلانو بإيطاليا بحيث تصدت السلطة القضائية لجزء من الطبقة السياسية الإيطالية. فقد قدمت أربع مؤسسات إيطالية كبيرة رشاوى على مستوى عالي من أجل الحصول و لمدة عشر سنوات على صفقات إنجاز مستشفيات لحساب وزارة الصحة العمومية¹. و قد كشفت التحقيقات عن كيفية منح تشكيلات سياسية للصفقات لرجال أعمال بمقابل و قد كلف ذلك إختلاس آلاف الملايير من الليرات². كذلك الشأن في فرنسا كانت الإنطلاقة من ردة فعل السلطة القضائية على قانون العفو الشامل الصادر في 1990/01/15 الذي عفا على كل الأفعال غير المشروعة المتعلقة بتمويل الأحزاب السياسية في قضية « carrefour du développement »

¹D. Robert, La justice ou le chaos, Paris, Stock, 1996, p. 269.

² F.-S. Borrelli, « Techniques d'enquête sur la corruption dans les marchés publics », in Conseil de l'Europe, La corruption dans les marchés publics, 2^{ème} conférence européenne des services spécialisés dans la lutte contre la corruption, Tallinn (Estonie), 27-29 oct. 1997, éd Strasbourg, Conseil de l'Europe 1998, p. 57-66.

بحيث إعتبروها تدخلا من السلطة التشريعية في عمل القضاء كما ولدت لديه إصرارا على عدم التسامح مع المنتخبين المحليين، فانفجرت العديد من قضايا الفساد في مجال الصفقات العمومية.

إن الآليات القانونية الموجودة لحماية الصفقات العمومية لا تنصب إلا على فحص مشروعية الصفقة في حد ذاتها أما مبرم الصفقة فلا يطوله أي عقاب. فالقاضي الإداري يبطل التصرف و يحكم على الإدارة بأن تعوض المتنافس المبعد بصفة غير قانونية أي أن الإدارة هي من يتحمل تبعه خطأ الشخص مبرم الصفقة¹، فالقاضي الإداري لا يهتم بمساءلة المسؤول عن إبرام الصفقات غير القانونية مما حذا بالبعض للقول أنه لا فائدة من وضع نظام رقابة إذا كان مرتكبوا المخالفات لا يعاقبون². أما القاضي الجنائي فإنه يحاكم الأشخاص المسؤولين عن ارتكاب الفعل المجرم و لا يحاكم الفعل في ذاته. فمن خلال تجريم فعل إعطاء الإمتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية أراد المشرع حمل المشتري العمومي على التخلي عن الممارسات التفاضلية من خلال نقل المسؤولية من الإدارة إلى المتصرفين بإسمها، فلو أن الإدارة وحدها هي المسؤولة فإن القاضي الإداري لن يعاقب مرتكب فعل منح المزية غير المبررة. و بالتالي يعتبر تجريم المحاباة جزء من عملية تشخيص مسؤولية المتدخلين العموميين³ هذا من جانب، أما من جانب آخر فإن تدخل القاضي الجنائي يسد نقائص رقابة القضاء الإداري القاصرة عن حماية المنافسة في الصفقات العمومية⁴ لأنه إذا كانت جريمة الرشوة و جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية تسمحان بمعاقبة الممارسات غير التنافسية فذلك يتم بصفة غير مباشرة بينما جريمة المحاباة ترمي مباشرة إلى حماية قواعد المنافسة في الصفقات العمومية⁵.

يضاف إلى ما سبق ذكره أن الإجراءات الجزائية تختلف عن إجراءات الدعاوى

¹ T. DAL FARRA, Le risque pénal dans les marchés publics de travaux, Revue de Droit immobilier, oct-dec 1998, p.467 ; J. HERMANN, Le juge pénal, juge ordinaire de l'administration ?, Dalloz. 1998, chr.p. 195 et spécialement p. 196.

² L. PHILIP, Finance publique, 2^{ème} édition, p.299.

³ E. PICARD, La responsabilité pénale des personnes morales de droit public : fondement et champ d'application, Revue des sociétés, 1993, p. 261.

⁴ Patrice REIS, Le délit de favoritisme dans les marchés publics : une régulation pénale des pratiques discriminatoires et de certaines pratiques anticoncurrentielles, Petites affiches, 4/7/2003, n° 133, p 4.

⁵ A. ROGER, La notion d'avantage injustifié, Juris classeur pénal, 1998, I. 102.

القضائية الإدارية من حيث كونها شفاهية و سريعة و أكثر بساطة، فهي تشبع رغبة الجماعة في تطبيق العدل في المجتمع. فتظهر الحماية الجنائية لقانون الصفقات العمومية كخطوة من خطوات تهذيب الحياة السياسية و الإقتصادية كون القاضي الجنائي يتدخل لتقييم أعمال الموظفين المتدخلين في عملية الشراء العمومي. و قد تم وصف عملية تجريم الأعمال الإدارية بأنها " من أبرز الظواهر التي لحقت بالقانون الإداري في السنوات الأخيرة"¹ ، فالتجريم يسمح بضمان حسن إستعمال الأموال العمومية و كذلك تهذيب الشراء العمومي².

2/ التحفظات على تجريم التعامل بالصفقات العمومية

إن القاضي الجنائي ينطق بعقوبات جزائية ضد المسؤولين العموميين الذين تصرفوا خرقا لواجبات النزاهة و الحياد و الحيطة التي يفرضها قانون الصفقات العمومية. لكن يبقى أن تطبيق القانون الجنائي بأسسه الصارمة القائمة على مبدأ الشرعية على التعامل بالصفقات العمومية الذي يخضع لنصوص قانونية و تنظيمية عديدة و متشعبة قد واجه العديد من الإنتقادات من قبل المتعامل العمومي بالدرجة الأولى. و لعل الإنتقاد الأساسي هو ذلك الذي يرى في تجريم المحاباة تجريما الخطأ الإداري بإعتبار أن منح الصفقة العمومية نتيجة مخالفة للقانون قد يكون ناتجا عن خطأ و بعيد عن كل إخلال بالنزاهة و الحياد، فالمعاقبة الجزائية لهذا الخطأ الشائع في مجال الصفقات العمومية أصبح يشكل خطرا بالنسبة للمتعامل في الشراء العمومي لدرجة إعاقة عمله و هي مسألة سنتعرض لها بشيء من التفصيل حين الحديث عن الركن المعنوي لجريمة إعطاء الإمتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية.

أما الإنتقاد الثاني فهو يخص تعدد القضاة المختصين في فحص مشروعية الصفقة العمومية و بأغراض مختلفة دون أن يضع المشرع ترتيبا زمنيا لتدخل القاضي الإداري أو القاضي الجنائي، مما يخلق جو من عدم الإستقرار القانوني. لكن ليتمكن القاضي

¹ J-B. Auby, « Le mouvement de pénalisation de l'action publique », Dr. Adm., janv. 1997, p.3.

² M.-A. Frison-Roche, Les enjeux de la pénalisation de la vie économique, Dalloz 1997.

الجنائي من التوصل لتحديد الجاني عليه أن يتفحص بالتفصيل مختلف المراحل التي مر بها قرار إبرام الصفقة العمومية فيتحول في تلك المرحلة إلى قاضي إداري مختص في مجال الصفقات العمومية ثم بعد ذلك يبحث عن الفعل المجرم . فيخشى من إستقلالية تدخل القاضي الجنائي و عدم وجوب إلتزامه بالإجتهاد القضائي الإداري في مجال التعامل في الصفقات العمومية أن يعتد بمدلول جنائي خاص للصفقات العمومية و هذا ما يخوف المتعامل العمومي كونه هو معتاد على تفاسير القاضي الإداري.

لقد أبرزت دراسة نص تجريم المحاباة مدى إرتباطه بقانون الصفقات العمومية في تحديد مدلول المفاهيم المستعملة فيه، فلا يعد بذلك من النصوص التجريبية القائمة بذاتها بل هو نص مجزأ يحيل على نصوص تشريعية و تنظيمية كما يحيل في تحديد هذه النصوص بالذات إلى مبادئ عامة و هي مبادئ الشراء العمومي، فيبدو بذلك من الأصوب الحديث عن الكتلة التجريبية و ليس عن النص التجريبي. إضافة إلى تجزئة نص التجريم فإن إستعمال المشرع لمفاهيم غير دقيقة لا سيما حينما ربط النصوص القانونية بمبادئ الشراء العمومي فهو يحتم على القاضي الجنائي أن يتوسع في تفسير نص تجريم المحاباة. فقد خالف المشرع في المادة 26 من القانون 01/06 مقتضيات الدقة و الوضوح الملازمة لمبدأ الشرعية و فسح المجال أمام القاضي الجنائي ليتوسع في تفسير النص، و هذا ما سنحاول إبرازه في الفصل الثاني من هذا الباب من خلال دراسة الركنين المادي و المعنوي لجريمة المحاباة.

الفصل الثاني: الخصوصية المستمدة من الركنين المادي و المعنوي الجريمة

لقد حددت المادة 26 من القانون 01/06 الركنين المادي و المعنوي لجريمة المحاباة بجعل الأول يتمثل في منح الغير إمتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو إتفاقية أو صفقة أو ملحق و بإشتراط العمد في الثاني. هذا و إنه بالنسبة لصفة الفاعل فإنه بالإضافة إلى إشتراط صفة الموظف العمومي التي تم التعرض لها في الباب الأول من هذه الدراسة، فإن حصر الجريمة في عملية إبرام و التأشير على الصفقة يترتب عليه أيضاً حصر الموظف العمومي مرتكب جريمة المحاباة في ذلك الذي يقوم بعملية إبرام أو التأشير على الصفقة العمومية و بالتالي يتميز العنصر الأولي لجريمة المحاباة عن العنصر الأولي لجرائم الفساد العامة التي كانت محل دراسة الباب الأول، و بالتالي سنتعرض في المبحث الأول إلى دراسة العناصر الأولية لجريمة المحاباة التي نضيف فيها إلى جانب صفة الجاني محل الجريمة و هو الصفقات العمومية و الأعمال الملحقة بها. أما المبحث الثاني و الثالث فسنخصصهما لدراسة الركن المادي و الركن المعنوي للجريمة.

المبحث الأول: العناصر الأولية لجريمة المحاباة

لقد سبق و أن أشار هذا البحث إلى أهمية دراسة العناصر الأولية للجريمة في إطار دراسة أركانها، و نضيف أن هذه العناصر تجعل المحاباة من جرائم ذوي الصفات على غرار جريمة الرشوة و إستغلال النفوذ لكن من جهة أخرى فبخلاف هذه الجرائم التي قد تقع في أي عمل من أعمال المرفق العام فإن المحاباة تتميز بأنها لا تقوم إلا في مجال نشاط معين و هو التعامل بالصفقات العمومية مما يؤهلها لأن تكون ضمن قانون جنائي متخصص بمجال الصفقات العمومية، و بالتالي تبرز أكثر أهمية دراسة العناصر الأولية التي ستتم عبر دراسة صفة الجاني في المطلب الأول و محل الجريمة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الصفة الخاصة في الموظف العمومي

تنص المادة 26 من القانون 01/06 على معاقبة كل موظف عمومي يمنح عمدا إمتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير¹ عقد أو إتفاقية أو صفقة أو ملحقا مخالفة للأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات ، مما يفيد أن الفاعل قد يكون من يبرم الصفقة كما قد يكون من يؤشر عليها أي أن كل من ساهم في إتخاذ قرار منح الصفقة معرض للمتابعة من أجل جريمة المحاباة، فبعدما يتحقق القاضي الجنائي من صفة المتهم كموظف العمومي بمفهوم قانون مكافحة الفساد على النحو الذي ورد شرحه في الباب الأول يتحقق أيضا من أن هذا الشخص له سلطة التدخل في إجراءات منح الصفقة². مما يستوجب تحديد من هم المختصون بالقيام بهذه الأعمال.

الفرع الأول: الشخص المبرم للصفقة

يمكن تعريف الشخص المبرم للصفقة على أنه الشخص المؤهل لتوقيعها بإسم الشخص العمومي، وقد نصت المادة 8 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أنه لا تصح الصفقات و لا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة المتمثلة في: الوزير فيما يخص صفقات الدولة³ و مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة⁴ والوالي فيما يخص صفقات الولاية و رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية⁵ و المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع

¹ نشير إلى أن نص المادة 26 قبل تعديله بموجب القانون 15/11 كان يشير أيضا إلى فعل " المراجعة"

² G.Pancrazi, « Les difficultés d'application du délit d'avantage injustifié dans les marchés et les conventions de délégation de service public : L'article 432-14 du nouveau code pénal », Gaz.Pal. 14 mars 1995, I, doct, p.279 ; B.-A Pireyre, « Marchés publics, Rubrique favoritisme », Rep. Dalloz. Dr. Pen., 1998, avril, 11 pages

³ بالإضافة إلى الدولة بمعناها الدقيق يدخل تحت هذا الوصف الكبير الأشخاص المركزية الأخرى كرئاسة الجمهورية والوزارة الأولى أو رئاسة الحكومة والوزارات المختلفة والمصالح الخارجية للوزارات المتمثلة في المديرية التنفيذية على مستوى الولايات.

⁴ يقصد بالهيئات الوطنية المستقلة السلطات غير التنفيذية المستقلة كالبرلمان بغرفتيه (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة) والمجلس الدستوري والمحكمة العليا ومجلس الدولة ومجلس المحاسبة والهيئات الاستشارية الوطنية كالمجلس الإقتصادي والاجتماعي. إذ قد تضطر هذه الهيئات جميعا إلى الدخول في علاقة عقدية بعنوان صفقة عمومية من أجل قيامها بنشاطها.

⁵ إلى جانب قواعد قانون الصفقات العمومية، أفرد المشرع في قانون البلدية لسنة 1990 أحكاما خاصة بصفقات البلدية ورد ذكرها في المواد من 117 إلى 120. وقد جاءت هذه المواد لا سيما المادة 117 بالتحديد مؤكدة على خضوع صفقات البلدية المتعلقة

الإداري¹ و المدير العام أو المدير فيما يخص المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و مدير مركز البحث و التنمية و مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي و التقني و مدير المؤسسة العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي و مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني و الرئيس المدير العام أو المدير العام للمؤسسة العمومية الاقتصادية².

و أضافت نفس المادة في آخرها أنه يمكن لكل سلطة من هذه السلطات أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال، بتحضير الصفقات و تنفيذها طبقاً للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها.

يستخلص من نص المادة 8 السالف الذكر أن المشرع قد نص صراحة على الأشخاص المسؤولين على إبرام الصفقة من جهة لكن من جهة أخرى منح لهؤلاء سلطة تفويض صلاحياتهم في مجال إبرام الصفقة العمومية إلى موظفين تابعين لهم على شرط أن يكونوا من الأشخاص المسؤولين على تحضير و تنفيذ الصفقات العمومية. لقد لجأ المشرع مرة أخرى و بعد أن ذكر بعض الأشخاص بصفتهم إلى المعيار الوظيفي إلى جانب اشتراط تصرف الموظف بناء على تفويض من الشخص المختص أصلاً بإبرام الصفقة.

و الجدير بالذكر هو أن الصفقة العمومية قبل إبرامها تمر بمرحلة دراسة و تحليل من قبل مجموعة من الأشخاص يقومون في نهاية هذه المرحلة بتقديم تقارير و إقتراحات

بالأشغال والخدمات والتوريد لقانون الصفقات العمومية. بل حتى المؤسسات البلدية التي تحدثها البلدية والتي تتمتع بالطابع الإداري تخضع لقانون الصفقات العمومية

¹ لقد ذكرت المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري في مختلف قوانين الصفقات العمومية غير أنه إنطلاقاً المرسوم الرئاسي لسنة 2002 فصل المشرع في ذكر المؤسسات العمومية فإلى جانب المؤسسات العمومية الإدارية ذكر مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي. والمؤسسات العمومية ذات الطابع الثقافي والمؤسسات العمومية ذات الطابع المهني. بل إن مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية امتد ليشمل المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف بإنجاز مشاريع استثمارية بمساهمة كاملة من ميزانية الدولة.

² من الواضح أنّ المشرع أدمج أشخاصاً قانونية اختلفت من حيث طبيعتها ومن حيث مهامها ومن حيث القانون الذي تخضع له. فالدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ذات الإداري كلها تمثل أشخاص القانون العام فقرارات هذه الهيئات قرارات إدارية ومن يعمل فيها يكتسب صفة الموظف العام طبقاً للقواعد المقررة في القانون الأساسي للوظيفة العامة بينما المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي لا يمكن اعتبار قراراتها بمثابة قرارات إدارية ولا العاملين فيها بالموظفين العموميين الخاضعين لقانون الوظيفة العامة.

حول المترشح الأولى بالفوز بالصفقة. إذ بالفعل فإنه على مستوى كل مصلحة متعاقدة توجد لجنتين تقومان بما يسمى الرقابة الداخلية للصفقة و هي لجنة فتح الأظرفة و لجنة تقييم العروض.

وإن كان دور لجنة فتح الأظرفة يقتصر على ترتيب و ضبط مختلف العروض المقدمة أو إثبات عدم جودة المناقصة¹ فإنه بخلاف ذلك تقدم لجنة تقييم العروض، وهي تتشكل من أعضاء مؤهلين يختارون نظرا لكفاءتهم و خبرتهم و كذا اختصاصهم و قدرتهم في تحليل العروض و تقديم البدائل لها إذا اقتضى الأمر، رأيا إستشاريا للمصلحة المتعاقدة من خلال إبراز إقتراحات و يمكنها أن تقوم بإقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة و لمحتوى دفتر الشروط أما بالنسبة للعروض الأخرى فهي تقوم بتحليلها و تقييمها² و في الأخير تبلغ نتائج تقييم العروض التقنية و المالية في إعلان المنح المؤقت للصفقة الذي تقوم بإصداره المصلحة المتعاقدة.

بالإضافة إلى مساهمة لجنة تقييم العروض في عملية إختيار الفائز بالصفقة ، فإن المادة 125(3) من المرسوم الرئاسي 236/10 تسمح للمصلحة المتعاقدة بالإستعانة تحت مسؤوليتها بكل كفاءة تكلف بإعداد تقرير تحليل العروض لحاجات لجنة تقييم العروض مثل مكاتب الدراسات و المهندسين.

و السؤال الجدير بالطرح في هذا الإطار هو مدى المسؤولية الجنائية لهؤلاء الأشخاص الذين يفيدون المصلحة المتعاقدة برأي حول العروض المقدمة في حالة قيام جريمة المحاباة.

بالرجوع إلى المبادئ العامة في القانون الجنائي يمكن إعتبار هؤلاء شركاء في جريمة المحاباة لأن عملهم لا يعدو أن يكون عمل تحضيري لإبرام الصفقة شريطة أن يكون هناك إتفاق مسبق بينهم و بين مبرم الصفقة على أن يقوموا في إطار تقييمهم للعروض بمنح الأفضلية لمؤسسة دون غيرها بعيدا عن معايير الإختيار الموضوعية.

¹ أنظر المادة 122 من المرسوم التشريعي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية للإطلاع على مهمة لجنة فتح الأظرفة
² لأكثر تفاصيل حول مهمة لجنة تقييم العروض الرجوع إلى المادة 125 من المرسوم التشريعي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

و من جهة أخرى فقد تعرض القضاء الفرنسي في بحث مدى مسؤولية بعض الأشخاص الذين يتدخلون في الإجراءات المثبتة لإبرام الصفقة و بالفعل فإنه بالرجوع إلى الإجتهااد القضائي الفرنسي و لا سيما إلى دراسة أنجزتها وزارة العدل الفرنسية حول الإجتهاادات القضائية المتعلقة بجريمة المحاباة نجد أن الأشخاص الذين يقتصر دورهم في المراقبة اللاحقة لإتخاذ قرار منح الصفقة مثل المراقب المالي¹ أو العون المكلف بمراقبة الشرعية أو المحاسب العمومي² فهم غير معنيين بالجريمة³. فالمراقب المالي مثلا لا يتدخل في إجراءات إختيار الفائز بالصفقة. و إن كان لا يجوز متابعته كفاعل أصلي للجريمة فالأمر كذلك بالنسبة لمتابعته كشريك فيها إلا إذا كان إشتراكه مع الفاعل نتيجة إتفاق سابق على منح الصفقة. أما فيما يخص الأعوان المسؤولين على مراقبة شرعية أعمال الجماعات المحلية التي يقوم بها رؤساء البلديات فإنها أعمال لاحقة على إبرام الصفقة. و بالتالي فإن إمتناع رئيس البلدية عن الطعن في الصفقة غير القانونية أمام القضاء الإداري لا يعتبر إشتراكا في الجرم.⁴ و أخيرا فيما يخص المحاسب العمومي، فإن دوره يقتصر على مراقبة صحة الإلتزام المالي و تعليق الدفع في حالة عدم شرعيته. و قد إعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن المحاسب العمومي لا يملك صلاحية الحكم على شرعية القرارات الإدارية.⁵ أما بالنسبة للقاضي الجنائي فيستبعد أن يعتبر المحاسب العمومي كشريك لأن سكوته المحتمل على الصفقة المشبوهة هو عمل لاحق على وقوع الجريمة و لا يدخل ضمن أعمال المساعدة أو المعاونة على إرتكاب الفعل.

¹ يعرف المراقب المالي على أنه عون إداري مكلف بالرقابة المسبقة للنفقات الملتمزم بها ، يتمتع بنظام قانوني خاص باعتباره يخضع لسلطة وزير المالية الذي يتولى تعيينه (2) ، فكل النفقات مهما كان نوعها يجب إخضاعها من طرف الأمر بالصرف لتأشيرة المراقب المالي . و قد نظم المشرع الرقابة المسبقة للنفقات الملتمزم بها بموجب المرسوم التنفيذي 92/ 414 المؤرخ في 11/14/1992 المتعلق بالرقابة المسبقة للنفقات الملتمزم بها، الذي جاء تطبيقا للقانون 21/90 المؤرخ في 01/09/1990 المتعلق بالمحاسبة العمومية.

² المحاسب العمومي موظف معين من قبل وزير المالية و يخضع لسلطته وحسب المادة 33 من القانون 90/ 21 المتعلق بالمحاسبة العمومية يقوم بالعمليات التالية - :تحصيل الإيرادات و دفع النفقات - ضمان حراسة الأموال أو السندات أو القيم أو الأشياء أو المواد المكلف بها و حفظه- حركة حسابات الموجودات

³ Circ. Crim-98.4/ g3 du 2 juillet 1998, Mon TP . 2. Oct 1998, suppl. TO, p.385 ; Revue des Marchés publics. n° 4-1999, p 7-15.

⁴ Catherine Prebissy-Schnall, La pénalisation du droit des marchés publics, op.cit, p. 52

⁵ C.E, 8 sept 1997, Ministre de l'économie et des finances, n° 170940, La lettre du cadre territorial, 1^{er} févr. 2000, p. 38.

الفرع الثاني: الشخص المؤشر على الصفقة

بالإضافة إلى الموظف الذي يبرم الصفقة فإن الشخص الذي يؤشر على الصفقة معني أيضا بجريمة المحاباة و بالتالي وجب تحديد مدلوله.

يعتبر التأشير على الصفقة تتويجا لعملية الرقابة الخارجية عليها و قد يمنح أو يرفض كما يمكن أن تمنح التأشير مرفقة بتحفظات موقفة أو غير موقفة ، فالتأشير هي التي تحدد لنا بداية تنفيذ الصفقة العمومية و لا تنفذ من يوم التوقيع بل من يوم منح التأشير.

لقد نظم المشرع الرقابة الخارجية للصفقات في المواد 126 إلى 156 من المرسوم التشريعي المتعلق بالصفقات العمومية كما سبق ذكر ذلك، فالرقابة الخارجية ترمي الى التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية و كذا التأكد من مطابقة الصفقات المعروضة على اللجنة للتشريع و التنظيم المعمول بهما و تمارس هذه الرقابة من طرف أجهزة الرقابة المسماة لجان الصفقات و تكون على عدة مستويات: فنجد اللجنة الوزارية للصفقات على مستوى الوزارة و يترأسها الوزير المعني ،لجنة الصفقات الولائية على مستوى الولايات و يترأسها الوالي أو ممثله،اللجنة البلدية للصفقات على مستوى البلديات و يترأسها رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله و لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية بالنسبة للمؤسسات العمومية الإدارية و يرأسها ممثل السلطة الوصية¹ .

إلى جانب لجان الصفقات المذكورة ينص القانون على لجان وطنية للصفقات تراقب مدى قانونية إجراءات إبرام الصفقات ذات الأهمية الوطنية² و قد نص القانون على ثلاث لجان وطنية للصفقات و هي اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال و اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم و اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات و الخدمات و هذه اللجان الثلاث

¹ أنظر المواد من 133 إلى 139 من المرسوم التشريعي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية
² أنظر المواد من 144 إلى 148 فيما يخص صلاحيات اللجان الوطنية للصفقات.

يترأسها وزير المالية أو ممثله و في حالة غيابه نائب الرئيس المتمثل في ممثل وزير المالية من قسم الصفقات العمومية .

أما الرقابة التي تمارسها لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة فإنها تتوج بمنح التأشيرة أو رفضها خلال عشرين يوم ابتداء من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة هذه اللجنة. أما الرقابة التي تمارسها اللجان الوطنية للصفقات فهي تتوج بإصدار تأشيرة في غضون خمسة و أربعين يوم على الأكثر ابتداء من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابات هذه اللجان¹.

و إن كان نص المادة 26 من قانون مكافحة الفساد صريح في معاقبته لمن يؤشر على الصفقة الممنوحة بصفة غير قانونية فإن الغموض بالنسبة للمسؤولية الشخصية الناتجة عن القرارات المتخذة من قبل الهيئات الجماعية يبقى قائما. ذلك أن قرار منح التأشيرة لا يتخذه شخص واحد بل هو قرار جماعي يتخذ بأغلبية الأعضاء الحاضرين لإجتماع لجان المناقصات².

إذا كان مبدأ القرار الجماعي يقوم على أساس توفير الشفافية و الغرض منه هو أيضا تفادي تعسف المسؤولين المحليين، فإنه يخشى أن يتحول التعسف الشخصي للمسؤولين إلى تعسف جماعي.

لكن لا يمكن إعمال المسؤولية الجنائية للجنة المناقصات في حالة إثبات عدم شرعية قرارها. فالطابع الشخصي للمسؤولية الجنائية ينفي المسؤولية الجماعية التي تسمح بمعاينة الجماعة على جريمة ارتكبتها أحد المنتمين لها، بل لا بد من إثبات المسؤولية الشخصية لهذا العضو، و هذا أمر صعب لأن إتخاذ القرار يتم بصفة جماعية و هذا يبعد المسؤول عن فعله مما يؤدي إلى نوبان مسؤوليته الشخصية.

¹ للإطلاع على آثار رفض منح التأشيرة أنظر فرقان فاطمة الزهرة، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، المرجع السابق، ص، 34.

² المادة 159(3) من المرسوم التشريعي 236/10

فهل يكفي مجرد الحضور لإجتماع لجنة المناقصات تم على إثرها إتخاذ قرار غير مشروع بمنح صفقة من أجل مساءلة جميع المساهمين في الإجتماع على أساس جريمة المحاباة .

إن القول بذلك يؤدي إلى تجريم مفرط لقانون الصفقات العمومية. و الملاحظ في الإجتهااد القضائي الفرنسي هو الميل إلى توقيع المسؤولية على رؤساء لجنة الصفقات بإعتبارهم يتمتعون بسلطة مهيمنة على لجنة الصفقات¹،² كما إعتبر أنه ليس في إمكان رئيس البلدية أن يتهرب من مسؤوليته على أساس الطابع الجماعي لقرارات منح الصفقات الصادرة عن لجان المناقصات طالما أنه لم يثبت محاولة إعتراضه على هذه القرارات أو إبدائه لتحفظات³.

إن القاضي الجنائي يبحث في المسؤولية الشخصية لكل مساهم في إتخاذ قرار منح الصفقة و هذا أمر صعب عندما يتخذ القرار من قبل هيئات جماعية . و العديد من الأخطاء في الإجراءات التي تشكل جريمة المحاباة ناتجة في أغلب الأحيان من تعدد المتدخلين في الصفقة العمومية: توزيع الإختصاصات و المسؤوليات بين مختلف الأشخاص الطبيعيين العاملين في نفس الهيئة أو نفس المصلحة ليس بالأمر الدقيق و هذا ما يؤدي إلى صعوبة تحديد المسؤول شخصيا عن إرتكاب جريمة المحاباة هذا رغم إمكانية إعمال نظرية المساهمة الجنائية لمعاقبة كل من إشتراك في إتخاذ قرار منح الصفقة.

الفرع الثالث: الأشخاص غير المذكورين صراحة في القانون

يتعلق الأمر بمن يساعد أو يعاون على إرتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة⁴ لجريمة المحاباة شرط أن تكون هذه المساهمة ناتجة عن إتفاق سابق على إرتكاب

¹ كذلك الأمر بالنسبة للقانون الجزائري كون رئيس اللجنة يتمتع بصوت مهيمن على أصوات باقي الأعضاء.

² Cass.Crim, 22 novembre 2006, n° 05-85/919, F-D Juris-Data n° 2006- 036976

³ T.G.I Orléans, 5 juin 1996, Monsieur M., n° 1231/96/S3, ref MIEM a/12/93, Revue des Marchés publics. n° 5/ 1997, p. 18-28.

⁴ المادة 42 من قانون العقوبات.

الجريمة. كما يعاقب من حرض على ارتكاب جريمة المحاباة بإحدى الطرق المنصوص عليها في المادة 41 من قانون العقوبات بإعتباره مساهما أصليا.

وقد سبق للقضاء الفرنسي أن أدان مستشارين محليين بتهمة الإشتراك في جريمة المحاباة التي ارتكبتها رئيس البلدية بإعتبارهما مقاولين وافقا على تقديم عروض في إطار إجراءات مناقصة محدودة و كانت هذه العروض أقل من عروض منافسين آخرين و ذلك بعد إطلاعهما على محتواها و ذلك بغرض إبعادهم¹.

فكل من يعلم في إطار وظيفته بوقوع جريمة المحاباة و يوافق على السكوت عنها يمكن أن يتابع من أجل الإشتراك في الجريمة عن طريق الإمتناع مما جعل البعض يعتبر أن نظرية قيام المسؤولية الجنائية عن طريق الإشتراك تبدو "مخيفة"² ذلك أنه بحكم الوظيفة قد يساعد الموظف العمومي على ارتكاب جريمة المحاباة.

و كون الشريك في جريمة المحاباة معرض لنفس عقوبة الفاعل الأصلي لا يعني أن القاضي سينطق بنفس العقوبة للإثنين، بل سيأخذ بعين الإعتبار درجة مساهمة كل واحد منهما هذا إضافة إلى إستقلالية كل واحد بطروفه.

إخفاء جريمة المحاباة

إن المادة 387 من قانون العقوبات التي تجرم فعل الإخفاء تسمح بمعاقبة كل من يخفي عمدا أشياء مختلسة أو مبددة أو متحصل عليها من جناية أو جنحة في مجموعها أو في جزء منها و يعتبر الشخص الفائز بالصفقة الممنوحة نتيجة ارتكاب فعل محاباة بمثابة مخف للجريمة، و قد سبق للقضاء الفرنسي أن أدان مدير عام شركة قد أخفى وثيقة تقدير تكاليف تقريبية devis أعدتها إدارة مديرية التجهيز سلمها له أحد العاملين بتلك المديرية ليتمكن من تقديم أحسن العروض و بالتالي عوقب هذا المدير بعقوبة شهر حبس موقوفة

¹ T.G.I Avranches, 16 mai 1995, non publié, cité in Catherine Prebissy-Schnall, La pénalisation du droit des marchés publics, op.cit, p.55, note 223.

² P.Petit, « Le juge pénal va-t-il supplanter le juge administratif ? », La lettre du cadre territorial, juin 1996, n° 120.

النفاز و غرامة قدرها 10000 فرنك فرنسي و منع من الصفقات العمومية لمدة ثلاث سنوات¹. كذلك الشأن بالنسبة لمدير شركة فائزة بالصفقة نتيجة ارتكاب المشتري العمومي لجريمة محاباة² فقد إعتبر مخفي للجريمة طالما أنه يحصل على مقابل من تنفيذ هذه الصفقة².

فجريمة الإخفاء لا تشترط أن يكون المخفي قد استفاد شخصيا من الأشياء المخفية. كما أن جريمة الإخفاء لا تتقدم قبل أن تظهر و تثبت الجريمة الأصلية إلا أن تقدم الجريمة الأصلية لا يترتب عنه تقدم جريمة الإخفاء كونها جريمة مستمرة.

و لعل صعوبة إثبات علم المسؤول عن المؤسسة أنه يستفيد من مزية غير مستحقة يبرر قلة المتابعات على أساس تهمة إخفاء ما تحصل منه من جريمة المحاباة.

و الملاحظ أخيرا أن تطبيق النصوص العقابية على الشريك في جريمة المحاباة و على المخفي لها يوسع كثيرا من نطاق رقابة القاضي الجنائي. و لكن مسألة إثبات المسؤولية الشخصية للفاعل أو الشريك أو المخفي صعبة التحقيق بالنظر إلى مسار إتخاذ قرار منح الصفقة الذي يسهم عدة أشخاص مما قد يؤدي إلى تلاشي dilution المسؤوليات.

المطلب الثاني: ضرورة وجود تعامل بصفقة عمومية

إن إشتراط وجود تعامل بصفقة عمومية يفيد في تمييز جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية عن باقي جرائم الفساد الأخرى لكن يبقى أن غياب هذا الشرط بالنسبة لجرائم الفساد العامة المنطبقة على الصفقات العمومية لا ينفي وجود تلك الجرائم لأنها جرائم مرتبطة بممارسة الوظيفة العمومية وليس بمجال إبرام الصفقات العمومية و هذا عكس ما هو الحال بالنسبة لجريمة المحاباة التي لا تقوم إلا إذا كان ثمة تعامل في صفقة

¹ TGI Charleville-Mézières, 14 fev. 1996, n° 317/96, ref. MIEM a/8/94, cité in Catherine Prebissy-Schnall, La pénalisation du droit des marchés publics, op.cit, p.56, note 232.

² C.A Aix en Provence, 8 oct. 1998 (appel du jugement TGI Nice, 14 juin 1996, n° 8267-96, ref. MIEM, S/10/94 عشرة أشهر مع وقف التنفيذ و 100000 فرنك فرنسي غرامة: cité in Catherine Prebissy-Schnall, La pénalisation du droit des marchés publics, op.cit, p.56, note 233.

عمومية أو في أعمال ملحقة بها . إذ بالفعل فإنه بالرجوع إلى النصوص المجرمة للفساد في الصفقات العمومية بصفة خاصة لا سيما المادتين 26 و 27 من القانون 01/06 نجدهما تلحقان بالصفقة العمومية العقود و الإتفاقيات و الملحقات و بالتالي فبعدما سنتعرض في الفرع الأول إلى توضيح مدلول الصفقات العمومية و نخصص الفرع و الثاني لدراسة هذه الأعمال.

الفرع الأول: وجود صفقة عمومية

تعرف المادة 4 من المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الصفقات العمومية بأنها عقودا مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال أو إقتناء اللوازم و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة، كما نصت المادة 2 من نفس المرسوم على أنه لا تنطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات الإدارات العمومية...

فقد أخذ المشرع من خلال تعريفه للصفقات العمومية بعدة معايير أولها المعيار الشكلي و هو معيار يرتبط أساسا بفكرة الكتابة فتعتبر الصفقة وفق هذا المعيار بأنها عقدا مكتوبا في مفهوم التشريع المعمول به وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

ثانيها المعيار الموضوعي الذي يعتمد على تحديد مواضيع إبرام الصفقات العمومية و قد أخذ به المشرع أيضا فحدد موضوع الصفقات العمومية بإنجاز الأشغال و إقتناء اللوازم و الخدمات و الدراسات.

ثالثها معيار عضوي يعتمد على ضرورة مشاركة الشخص المعنوي العام في إبرام العقد الخاص بالصفقات العمومية¹ و هذا ما تكرسه المادة 2 من المرسوم الرئاسي 236/10 بحيث جاء فيها أن الصفقة تبرم لحساب المصلحة المتعاقدة و هي الهيئات و المؤسسات المذكورة في نفس المادة.

¹ مصطفى عبد المقصود سليم، معيار العقد الإداري و أثره على إختصاص مجلس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1955، ص.84

فيستنتج أولا من نص المادة 2 أن الصفقات العمومية بمفهوم المرسوم 236/10 هي تلك التي تكون محلا لنفقات الأشخاص العمومية المذكورة في نفس المادة. فالصفقة العمومية عقد شراء تيرمه السلطات المذكورة مما يبعد العقود الإدارية الأخرى كعقود البيع. و هذا الشراء كما سنوضحه ينصب على إقتناء أموال عقارية أو منقولة في الذمة المالية للشخص العام أو على تسيير هذه الذمة المالية¹.

كما أن المادة 6 من المرسوم 236/10 تستثني العقود و الطلبات التي يساوي مبلغها ثمانية ملايين دينار أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم و أربعة ملايين لخدمات الدراسات أو الخدمات من وجوب إخضاعها لإبرام صفقة عمومية بمفهوم المرسوم 236/10 أو بعبارة أخرى أن الصفقة العمومية لها عتبة مالية دنيا تتجاوز قيمتها المبالغ المذكورة سالفا و هذا ما يعبر عنه البعض بالمعيار المالي.

إلى جانب المعيار المالي السالف الذكر فقد إعتد المشرع في المادة 2 المعيار العضوي من خلال تحديد الهيئات المعنية بالصفقات العمومية و المتمثلة في الإدارات العمومية و الهيئات المستقلة و الولايات و البلديات و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و مراكز البحث و التنمية و المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و التقني و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و المؤسسات العمومية الإقتصادية عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة.

نجد أيضا المعيار الشكلي الذي مفاده أن الصفقات العمومية عقودا مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم. فالصفقة هي أولا عقد أي إتفاق بين إرادتين يولد حقوقا و التزامات و هي ثانيا عقد مكتوب مما يبعد كافة التصرفات غير المكتوبة من مجال الصفقات العمومية و قد أشارت

¹ C. LAJOYE, Droit des marchés publics, berti éditions, Alger, 2007, p.33.

المادة 2 أن الصفقات عقود بمفهوم التشريع المعمول به و هي العبارة التي فسرها البعض على أنها القانون المدني و القانون التجاري و يستنتجون أن العقد بإخضاعه لهذه القوانين أصبح ضمن عقود القانون الخاص و هي شبيهة بعقد المقاولة¹ بينما تمسك البعض الآخر بأن العقد يبقى عقدا إداريا إستنادا لاسيما على المعيار العضوي.

أما المعيار الأخير الذي اعتمده المادة 4 في تعريفها للصفقة العمومية فهو معيار مادي حصر موضوع الصفقة في إنجاز الأشغال و إقتناء اللوازم و الخدمات و الدراسات. و قد عرفت المادة 13 من المرسوم 236/10 العمليات التي تكون محلا للصفقة العمومية كما يلي:

بالنسبة إلى إنجاز الأشغال فقد جاء في هذه المادة أن هذه الصفة تهدف إلى قيام المقاول ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم، منشآت أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لإستغلالها، في ظل إحترام البنود التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع.

و عرفت المادة 13 كذلك صفقة إقتناء اللوازم على أنها تلك التي تهدف إلى إقتناء المصلحة المتعاقدة أو إيجار عتاد أو مواد موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد.

أما صفقة الدراسات فهي تهدف إلى القيام بدراسات نضج و احتمالا تنفيذ مشاريع أو برامج تجهيزات عمومية لضمان أحسن شروط إنجازها و/أو استغلالها.

أما صفقة تقديم الخدمات فهي كل صفقة تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات.

¹ ذهب مجلس الدولة الجزائري في تعريفه للصفقات العمومية في قرار له غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 قضية رئيس المجلس الشعبي لبلدية ليوة ببسكرة ضد (ق.أ) تحت رقم 6215 فهرس 873 إلى القول: '...وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات..'

و في الأخير نذكر أن المشرع في المرسوم 236/10 قد إستثنى بعض الصفقات من ضرورة إبرامها وفق إجراءات إبرام الصفقات العمومية نذكر منها صفقات استيراد المنتوجات و الخدمات التي تتطلب من المصلحة المتعاقدة المعنية السرعة في اتخاذ القرار بحكم طبيعتها و التقلب السريع في أسعارها و مدى توفرها (المادة 5)، كذلك ما نصت عليه المادة 6 من المرسوم من عدم وجوب إبرام صفقة عن كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار أو يقل عنه لخدمات الأشغال و اللوازم و أربعة ملايين لخدمات الدراسات أو الخدمات.

و فيما يلي ننتقل لتوضيح الأعمال الملحقة بالصفقات العمومية بدءا بالإتفاقيات ثم العقود و الملحقات.

الفرع الثاني: الأعمال الملحقة بالصفقات العمومية

يستخلص من المادتين 26 و 27 من القانون 01/06 أن جرائم الفساد قد تقع بمناسبة إبرام الموظف العمومي لعقد أو ملحق بإسم المؤسسات العمومية لكن في ذات الوقت حدد عنوانا هاتين المادتين إطار هذه العقود بأنها " مجال الصفقات العمومية ". و المقصود بالعقود في هذه الجرائم هي العقود الإدارية.

لقد أثار مسألة معرفة هل الصفقة العمومية هي حتما عقدا إداريا جدلا فقها قبل أن يحسمها القضاء الفرنسي. فإتجه رأي إلى القول من جهة أولى بأن المعيار العضوي مشترك في كلا تعريفى العقد الإداري و الصفقة العمومية و من جهة أخرى أن النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية لا تتماشى مع تنظيم القانون الخاص للعقد ليخلص إلى القول بأن كل الصفقات العمومية هي حتما عقودا إدارية¹.

أما الإتجاه الثاني² فيلاحظ أولا أنه ليست كل الصفقات العمومية ترجع إلى دفتر شروط، زد إلى أن دفتر الشروط لا يتضمن حتما بنودا خارقة للعادة clauses

¹ مشار إليه في : C.LAJOY, Droit des marchés publics, op.cit, p.51.

² مشار إليه في : C.LAJOY, Droit des marchés publics, op.cit, p.51.

exorbitantes و بالتالي يمكن إعتبار البعض من الصفقات العمومية عقودا خاضعة للقانون الخاص.

و قد حل هذا النزاع من قبل محكمة النقض الفرنسية و محكمة التنازع اللتان اعتبرتا صراحة أن العلاقة بين الصفقة العمومية و العقد الإداري ليست علاقة مطلقة و أنه يمكن أن تكون الصفقة العمومية عقدا من عقود القانون الخاص¹.

و في فرنسا قد حسم قانون 2001/12/11 المتعلق بالإجراءات الإستعجالية للإصلاحات ذات الطابع الإقتصادي و المالي (MURCEF) هذه المسألة بنصه في المادة 2 منه على أن كل الصفقات المبرمة طبقا لقانون الصفقات العمومية لها طابع العقود الإدارية.

إن استعمال المشرع لمصطلح "عقد" في المادة 26 يفترض إنتقاء العقود التي لها علاقة بالشراء العمومي أي العقود التي تخص النفقات العامة و ابعاد العقود الإدارية الأخرى و ذلك رغم أن حرفية نص المادة 26 قد تنطبق على عقود غير تلك الخاصة بالشراء العمومي كعقود التوظيف مثلا.

إلى جانب النص على العقود تضمنت المادة 26 النص أيضا على الملحقات و هي أعمال أجازت اللجوء إليها المادة 126 من المرسوم الرئاسي 236/10 . و قد عرفت المادة 103 من نفس المرسوم الملحق على أنه وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، تبرم في جميع الحالات إذا كان هدفها زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة.

أما عن الإتفاقيات المنصوص عليها إلى جانب العقود و الملحقات فتعرف عموما على أنها توافق بين إرادة شخصين أو أكثر بهدف إحداث اثر قانوني معين² و غالبا ما يعرف العقد على أنه إتفاق فلماذا استعمل المشرع العبارتين منفصلتين. بالرجوع إلى

¹ Cass.civ.1^{er}, 17/12/1996, DA 1997, note L. RICHER ; T.C, 5/7/1999,, DA 1999, n°248, note RS , arrêts cités in, C.LAJOY, Droit des marchés publics, op.cit, p.51.

² Gerard Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, sixième édition, 1996, p.214.

القانون الإداري نجد أن كلمة إتفاق تستعمل بشأن نوع خاص من العقود الإدارية و هي تلك المتعلقة بالمرفق العام، فتسمى إتفاقيات تفويض المرفق العام.

(conventions de délégation de service public) و قد عرفها القضاء و الفقه الفرنسيين على أنها عقد يكلف بموجبه الشخص العمومي المفوض شخصا خاصا بتنفيذ خدمة عمومية، مقابل الإستفادة من الأرباح المتحصل عليها من إستغلال المرفق. و بالتالي تختلف إتفاقيات تفويض المرفق العام عن الصفقات العمومية من حيث المحل و من حيث طريقة دفع المقابل.

فمن حيث المحل تشترك الصفقات العمومية الشخص الخاص في مجال محدد من خلال تكليفه بتنفيذ خدمة أو إنجاز و توفير لوازم لذلك. فالصفة العمومية تهدف إلى تزويد الإدارة بوسائل المرفق العام دون أن يتدخل المتعامل الخاص في إستغلال و تسيير المرفق أما إتفاقيات تفويض المرفق العام فمحلها تكليف المتعاقد مع الشخص العام بإستغلال المرفق بطريقة مباشرة أي بالقيام بنفسه بأداء الخدمة العامة مستعملا وسائله الخاصة و بالتالي فهذا المتعامل له علاقة مباشرة مع المرتفقين و هذا ما يميز الإمتياز عن الصفة العمومية. فالمعيار هو إذن التسيير الكلي أو الجزئي للمرفق العمومي.

و لكن المعيار الأساسي للفرقة بين الصفة العمومية و إتفاقيات تفويض المرفق العام هي طريقة دفع الإدارة لمقابل المتعاقد معها. فبالنسبة للصفقات العمومية فإن مقابل تنفيذ الصفة يتمثل في دفع مقابل مالي يحدد سعره من قبل الإدارة بعد تقديم العروض من طرف المشاركين و هو سعر محدد في العقد تدفعه الإدارة و ليس له أية علاقة بمردودية إستغلال المرفق. أما بالنسبة لإتفاقيات تفويض المرفق العام فإن المقابل المالي له علاقة بنتيجة الإستغلال و له علاقة مباشرة بتسيير و استغلال المرفق¹.

ضف إلى ذلك أن القضاء الفرنسي اشترط في تفويض المرفق العام أن يكون هناك نشاط متعلق بالمصلحة العامة. فإن الشخص المستفيد من تفويض المرفق العام هو أصلا شخص

¹ ضريفي نادية، قانون الصفقات العمومية في الجزائر، تدخل في املتقى دولي حول واقع التشريعات المنظمة للسوق في الدول العربية، يومي 21 و 22 أبريل 2008، ص.6.

غير عمومي و بالتالي فهو غير خاضع لقانون الصفقات العمومية و لكن بحكم أنه يتصرف لصالح شخص عمومي فوجب اعتباره كالمشتري العمومي و من ثم خاضع للقواعد المعتادة للشراء العمومي¹. عرف قانون 2001/12/11 المتعلق بالإجراءات الإستعجالية للإصلاحات ذات الطابع الإقتصادي و المالي (MURCEF) إتفاقية تفويض المرفق العام على أنها عقد يمنح بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام تسيير مرفق عمومي خاضع لمسؤوليته إلى مفوض عام أو خاص، بحيث يكون المقابل متحصل عليه من أرباح استغلال المرفق... فهذا التعريف يتفق إلى حد ما مع مفهوم الصفقات العمومية المتعلقة بالخدمات أي لا مانع من أن تتمثل الخدمة في تسيير مرفق عام و بالتالي خلص البعض إلى إعتبار أن معيار التفرقة هو كيفية الحصول على المقابل كما سلف ذكره.

المبحث الثاني: مميزات الركن المادي لجريمة المحاباة

لقد حددت المادة 26 من القانون 01/06 عناصر الركن المادي لجريمة المحاباة بفعل منح المزية غير المستحقة للغير في مراحل إبرام و التأشير على الصفقة و ما في حكمها من أعمال قانونية مخالفة للأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشيح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات و بالتالي تستوجب دراسة الركن المادي شرح كل عنصر من هذه العناصر و هذا ما سيتم من خلال المطلب الأول ثم تبيان أهم الحالات التي تقع فيها الجريمة و هذا ما سيتم من خلال دراسة المطلب الثاني.

المطلب الأول: عناصر الركن المادي لجريمة المحاباة

يتمثل الركن المادي لجريمة المحاباة في فعل منح مزية غير مستحقة للغير عند إبرام أو التأشير على عقد أو إتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشيح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات. و قد

¹ Lamy, Droit public des affaires, n° 1309, cité in Catherine Prebissy-Schnall, La pénalisation du droit des marchés publics, L.G.D.J, 2002, p.45.

كانت الصياغة السابقة للمادة 26 من القانون 01/06¹ تجعل من منح المزية غير المستحقة غرضاً من الفعل و ليس الفعل المجرم ذاته أي أنه يعتبر قصداً خاصاً للفعل يدرس ضمن الركن المعنوي أما الفعل المجرم فكان هو الإبرام و التأشير و المراجعة على الصفة مخالفة للأحكام التشريعية و التنظيمية المنظمة للصفات العمومية. أما بالصياغة الحالية فالركن المادي يقوم على عنصرين أولهما منح مزية غير مستحقة للغير عند إبرام أو التأشير على عقد أو إتفاقية أو صفقة أو ملحق و ثانيهما مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات و يعتبر هذا العنصر الأخير بمثابة الوسيلة المستعملة لإرتكاب الفعل. و سنتعرض في نقطة أولى إلى شرح العنصر الأول ثم نفضل الأفعال المخالفة للنصوص السالفة الذكر و التي تمنح من ورائها مزية غير مستحقة.

الفرع الأول: عنصر منح إمتيازات غير مبررة

إن جوهر المادة 26 من القانون 01/06 هو منح إمتيازات غير مبررة في الصفات العمومية و قد اختار المشرع هذه العبارة كتسمية للجنة². و قد وضحت نفس المادة أن الجريمة تقوم على أساس إفادة الغير بهذه المزية المستحقة و ليس الموظف العمومي هو من يجني مباشرة ثمار هذا الجرم، و بالتالي سنتعرض أولاً إلى تحديد مدلول المزية غير المبررة ثم نحدد مدلول غير المستفيد من الجريمة.

الجزء الأول: المدلول الواسع للإمتيازات غير المبررة

إن كلمة إمتياز مشتقة من كلمة ميز و فعلها ماز بمعنى فرز عن غيره أو فضل الشيء عن سواه و قد عرفت كلمة إمتياز على أنها إنعام خاص يعطيه الحاكم رجلاً أو جماعة لبيع صنف من البضاعة أو عمل من الأعمال مانعاً غيرهم من تعاطيه³. فالإمتياز

¹ قبل تعديلها بموجب القانون 15/11

² تسمية " المحاباة " هي مجرد تسمية فقهية و ليست قانونية.

³ المنجد في اللغة و الأعلام، طبعة جديدة منقحة، دار المشرق، بيروت، 2003، ص.781

يقوم على فكرة التفضيل و الفرز عن الغير، و يكون هذا التفضيل غير مبرر إذا لم يرتكز على أي سبب موضوعي أو أساس أو مصلحة شرعية.

أما إصطلاحاً فإن تحديد مدلول كلمة إمتياز غير مبرر يعتبر مسألة متعلقة بالوقائع، فقد تكون هذه الإمتيازات عبارة عن نقود كما قد تكون أية منفعة أخرى ذات طبيعة غير نقدية فالإمتياز غير المستحق ليس بالضرورة ربها مادياً، فقد يكون مجرد معلومة منحت لأحد المترشحين دون الآخرين، و قد لاحظ البعض أن الصورة الغالبة للإمتياز غير المبرر تكمن في منح معلومات إمتيافية لأحد المترشحين¹، كأن تكون معلومات حول محتوى و قيمة عملية مستقبلية.

و قد تساءل البعض عما إذا كان مجرد الحصول أو الفوز بالصفقة يشكل في حد ذاته المزية غير المستحقة بإعتبار أن هذه الصفقة توفر للفائز بها أرباحاً. و قد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يمكن أن يشكل الفوز بالصفقة عنصر المزية غير المستحقة².

و تحديد معنى عبارة " غير مبررة" يفترض وجود معيار مرجعي للقول بأن الإمتياز مبرر أو لا. ففي القانون الإقتصادي الخاص المرجع هو قواعد تنظيم السوق الخاصة التي تقوم أساساً على حرية المنافسة و بالتالي يعتبر إمتيازاً غير مبرر ذلك الإمتياز الذي لم يكن ليمنح لو احترمت قواعد السوق و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية عندما إعتبرت أن خلق مزية غير مبررة هو نتيجة أوتوماتيكية لمخالفة القواعد التي تضمن حرية الترشح و المساواة بين المترشحين³. أما في القانون العام فإن المسألة تبدو أصعب لعدم وجود سوق بمفهوم السوق الخاص لكن هذا لم يمنع بعض الفقهاء من إعتبار أن النصوص التي تشكل مخالفتها عنصراً من عناصر الركن المادي لجريمة المحاباة هي نصوص تهدف إلى ضمان حرية الوصول للطلب العمومي و المساواة بين المترشحين و هذه الأسس في حد ذاتها تهدف إلى ضمان توفير شروط ممارسة المنافسة،

¹ Reis Patrice, Le délit de favoritisme dans les marchés publics : une régulation pénale des pratiques discriminatoires et de certaines pratiques anticoncurrentielles, Petites affiches, 4/7/2003, n°133, p.6

² Crim. 11 déc. 2002, Juris-Data n ° 2002-018102 ; Crim. 12 nov. 1998, Juris-Data n ° 97-85333

³ Cass. Crim : 2/4/1998, Gazette du palais, 26/2/2000, p. 139, note. G. Pancrazi.

فهي ترمي إلى منع المشتري العمومي من منح مزايا لأحد المترشحين المتنافسين. فهي تهدف إلى الحفاظ على سير تنافسي للسوق، و من ثمة يمكن إعتبار المزية غير المستحقة بأنها تلك المزية التي لم تكن لتوجد لو تم إحترام فعلا قواعد المنافسة الحرة في السوق¹ و بالتالي وجب البحث عن معيار آخر للامتياز غير المبرر².

اعتدت العديد من الدراسات استنادا إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي على معيار مخالفة الأحكام التشريعية و التنظيمية المنظمة للتعامل في مجال الصفقات العمومية و بهذا الصدد يجدر التساؤل عن طبيعة العلاقة ما بين مخالفة النصوص التشريعية و التنظيمية المشار إليها و الامتيازات غير المبررة هل هي علاقة تلازم أي أنه كلما خولفت هذه النصوص إلا و وجد منح امتياز غير مبرر أم أنه يمكن منح إمتياز غير مبرر في الصفقات العمومية رغم عدم مخالفة النصوص السالفة الذكر.

يعتبر القضاء الفرنسي أن الإمتياز غير المبرر هو ذلك الإمتياز الممنوح مخالفة للنصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية دون حاجة لأي إعتبار آخر³. فإن كان الدافع يؤخذ بعين الإعتبار في تحديد مقدار العقوبة فإنه لا يهم بالنسبة لتقرير مدى تبرير الإمتياز فلا يمكن مثلا تبرير الإمتياز الممنوح من خلال الرغبة في الإقتصاد و التوفير⁴، و لا عن طريق الرغبة في المحافظة على مصالح البلدية من خلال اختيار مؤسسة محلية تعين على مكافحة البطالة⁵.

إلا أن هذه المقاربة للإمتياز غير المبرر في الصفقات العمومية أصبحت أقل تأكيدا منذ أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية سنة 1998 قرارا يفسح المجال لمناقشة معيار

¹ Reis Patrice, Le délit de favoritisme dans les marchés publics : une régulation pénale des pratiques discriminatoires et de certaines pratiques anticoncurrentielles, op.cit, p.6

² Alain Serge Mescheriakoff, Le délit de favoritisme, op.cit, p. 9.

³ Cass.Crim, 11/11/2002, juris-Data, n 2002-018102.

⁴ TGI Rennes, 18/06/1998, non publié, cité dans Catherine Prebissy-Schnall, La pénalisation du droit des marchés publics, précité, p.62, note 261.

⁵ TGI Avranches, 16/05/1995, ⁵ TGI Rennes, 18/06/1998, non publié, cité dans Catherine Prebissy-Schnall, La pénalisation du droit des marchés publics, précité, p.62, note 263.

مخالفة النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية¹. ففي القضية التي آلت إلى صدور هذا القرار برأ قضية الموضوع المتهمين المتابعين بتهمة المحاباة كونهم وقعوا بصفة غير قانونية على صفقات تسوية ذات طابع خيالي. و إستند حكم البراءة على أساس أنه ليس من الثابت حسب ظروف الحال لا سيما مع غياب أية منافسة حقيقية من قبل المؤسسات التي شاركت في الإستشارة أن الإجراءات محل النزاع قد منحت إمتيازات غير مبررة للمؤسسة الحاصلة على الصفقة. أما محكمة النقض الفرنسية فقد إعتبرت أنه لا يجوز لقضاة الموضوع أن يعتبروا من جهة أن صفقة التسوية مخالفة بطبيعتها لقواعد قانون الصفقات العمومية التي هي من النظام العام و في نفس الوقت و من جهة أخرى يخلصون إلى غياب منح إمتياز غير مبرر و غياب الإرادة الأثمة دون أن يتناقضوا مع أنفسهم طالما أنهم لم يشرحوا موقفهم هذا.

فيفرز عن تحليل موقف محكمة النقض الفرنسية المتمثل في إفساح المجال أمام إمكانية شرح موقف قضاة الموضوع أنه يمكن تصور مخالفة لقواعد إبرام الصفقات دون أن يترتب عن هذه المخالفة إعطاء إمتيازات غير مستحقة للمؤسسة الفائزة بالصفقة. فهذا الموقف يجعل أن القاضي الجنائي هو الذي يقدر في كل حالة إذا كان الفعل المرتكب مخالفة للقواعد القانونية المذكورة يمنح أو لا مزية غير مستحقة للمترشح. لكن ماعدا هذا الإجتهد القضائي الفرنسي الإستثنائي يبقى لدى الفقه الغالب أن إعطاء المزية غير المبررة مفترض و يكفي إثبات مخالفة النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات. و يبدو أن القضاء الجزائري قد حذو القضاء الفرنسي في هذه المسألة إذ أن المحكمة العليا قد قضت بأن محكمة الجنايات التي أجابت بنعم على السؤال المتعلق بواقعة إبرام إتفاقيات مخالفة للتشريع ثم أجابت بالنفي على السؤال المتعلق بغرض منح إمتياز غير مبرر خلقت تناقضا بين السؤالين²، فالمحكمة العليا رفضت إمكانية وجود مخالفة للتشريع من جهة و عدم منح مزية غير مبررة لأن القرار المطعون ضده كان قد صدر بالبراءة لعدم ثبوت عنصر منح

¹ Cass.Crim, 2/04/1998, pourvoi n° 97-84-191, Bull.Crim n° 2219

² قرار صادر عن الغرفة الجنائية للمحكمة العليا بتاريخ 2006/02/15 ملف رقم 354438 السالف الذكر.

المزية غير المبررة رغم ثبوت مخالفة النصوص التشريعية. و قد ذكرت المحكمة العليا في نفس القرار أن مخالفة التشريع و منح المزية غير المبررة هما عنصرين مختلفين يكونان محل سؤالين منفصلين لكن في ذات الوقت نستخلص من خلال موقفها أن الثاني مفترض لمجرد ثبوت الأول.

نشير في الأخير إلى وجود إجتهد قضائي فرنسي اعتبر أن المزية غير المبررة ليست مرتبطة بمدى شرعيتها فقد نكون أمام مزية مبدئيا غير شرعية لكنها مبررة، فمعيار الأفضلية المحلية المعتبر غير شرعي مبدئيا يمكن أن يصبح مبررا إذا كان قرب المؤسسة شرط أساسي لحسن تنفيذ الصفة¹. فهذا الإجتهد القضائي الأخير يطرح مسألة مدى حرية القاضي الجنائي في تعويض النص القانوني الصامت بتقديره الذاتي للمبرر و للغير مبرر، فإن كان قرار القاضي الجنائي متخذا تطبيقا للعدالة و وفق قناعاته الشخصية فإن هذا الموقف سيحمله إلى إصدار أحكاما قضائية غير مؤكدة و غير ثابتة مما يهدد ثوابت مبدأ الشرعية الجنائية.

الفرع الثاني: إستفادة الغير من المزية غير المبررة

رغم أن جريمة إعطاء إمتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية هي من جرائم الفساد و بالتالي تقوم على أساس حماية نزاهة الوظيفة العامة فإن المشرع لم يربط هذه الجريمة بإستفادة مرتكبها من مزية خاصة بل جعل المستفيد من المزية غير المبررة هو الغير و ذلك خلافا لما جاء في النص الأصلي لمعاقبة إبرام الصفقات العمومية بصفة غير قانونية الذي كان يشترط أن تكون المخالفة لأغراض شخصية². و هذا العنصر الأخير هو الذي يميز بالدرجة الأولى جريمة المحاباة عن العديد من جرائم الفساد الأخرى التي قد تقع في إطار إبرام الصفقات العمومية. فالمستفيد من المزية غير المبررة ليس هو الموظف مرتكب الفعل كما هو الشأن مثلا في جريمة الرشوة أو الغدر و إنما هو الغير، و الغير قد يكون هو الفائز بالصفة أو غيره كأن يكون حزبا سياسيا يتلقى مبلغا من المال

¹ C.E, 29/07/1994, Commune de Ventenac-en-Minervois, Rec.tables, p.1035.

² كانت المادة 423 الواردة في القانون 47/75 تنص على ما ياي: " كل من يعمل لصالح الدولة أو الهيئات المشار إليها في المادة 119 من هذا القانون و يقوم لأغراض شخصية بإبرام عقد....."

من الشخص الذي فاز بالصفقة¹. و لكن و كما ذهب إليه بعض الفقهاء يصعب تصور منح صفقة عمومية بصفة غير قانونية دون أن يكون ذلك في غالب الأحيان بمقابل يعود على الموظف سواء مباشرة أو غير مباشرة². و قد جرم المشرع بصفة خاصة فعل إستفادة الغير من المزية غير المبررة و ذلك في الفقرة الثانية من المادة 26 من القانون 01/06 ، إذ بالفعل تضمنت المادة 26 من القانون 01/06 إلى جانب الفقرة الأولى التي تجرم و تعاقب منح إعطاء إمتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية فقرة ثانية تعاقب بنفس عقوبة الفعل كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم، و لو بصفة عرضية، بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الإقتصادية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، و يستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو أجال التسليم أو التموين.

فمماثلة مع جريمة الرشوة التي يعاقب فيها المشرع بنفس العقوبة فعل الراشي و فعل المرتشي ، فإن الفقرة الثانية من المادة 26 السالفة الذكر تبدو لأول وهلة و كأنها جاءت لتعاقب المستفيد من المزية غير المبررة في مجال الصفقات العمومية المنوه عنها في الفقرة الأولى، لكن بعد قراءة متمعنة يتضح أن هذه الفقرة تخص حالة خاصة من حالات الإستفادة من المزية غير المبررة و لا يمكن تعميمها على باقي الحالات. هذا و قد سبق أن أشرنا في موضع سابق إلى أن المستفيد من الصفقة يمكن أن يتابع بصفته مساهما أصليا إن كان هو من حرض الموظف العمومي على إرتكاب الفعل بإحدى الوسائل المنصوص عليها في المادة 41 من قانون العقوبات كما يمكن أيضا أن يتابع على أساس إشتراكه في الفعل إذا ثبت وجود الإتفاق السابق و في الأخير يمكن متابعته على أساس الإخفاء طبقا لأحكام المادة 387 من قانون العقوبات. لكن رغم إمكانية متابعة المستفيد

¹ Alain Serge Mescheriakoff, Le délit de favoritisme, Petites affiches, 15/02/1995, n°20, p.7.

² Michel Veron, Droit pénal spécial, Sirey, 12ème edition, p. 379.

من جريمة المحاباة على أساس تطبيق نظرية المساهمة أو عن طريق فعل الإخفاء فإن المشرع عاقب بنص خاص على الإستفادة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 26. الأمر الذي يستوجب دراسة عناصر و أركان هذه الجريمة لمحاولة فهم الغرض من هذا النص الخاص، و ستنم الدراسة من خلال تحديد ما هي الصفقات و العقود المعنية بالجريمة و من هم أطرافها ثم في ماذا يتمثل الركن المادي للجريمة و أخيرا نشير إلى الركن المعنوي.

الفرع الثالث: حالة خاصة في تجريم الإستفادة من المحاباة

بعدما تبين من دراسة الفرع السابق أنه من ضمن عناصر الركن المادي لجريمة المحاباة نجد عنصر إستفادة الغير من المزية غير المبررة نتعرض فيما يلي إلى تأكيد المشرع على ثنائية جريمة المحاباة من خلال تجريمه في الفقرة الثانية من نفس المادة التي تعاقب على فعل المحاباة لحالة خاصة من حالات الإستفادة من الجريمة إذ جاء في نص الفقرة الثانية من المادة 26 من القانون 01/06 ما يلي: " كل تاجر أو صناعي أو حرفي أو مقاول من القطاع الخاص، أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم، و لو بصفة عرضية، بإبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الإقتصادية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، و يستفيد من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الزيادة في الأسعار التي يطبقونها عادة أو من أجل التعديل لصالحهم في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين " و هذا ما سنتعرض له من خلال الإشارة أولا إلى العناصر الأولية لتلك الجريمة ثم إلى ركنيها المادي و المعنوي

1/ العناصر الأولية لقيام الجريمة

إن كانت جرائم الفساد هي جرائم الموظف العمومي بالدرجة الأولى فإن المشرع قد أدرج بعض الجرائم المرتكبة من قبل أشخاص لا تتوفر فيهم هذه الصفة كما هو الشأن بالنسبة لما جاء في الفقرة الثانية من المادة 26 من القانون 01/06 .

فالفاعل بالنسبة للجريمة المنصوص عليها في هذه الفقرة قد يكون تاجرا أو صناعيا أو حرفيا أو مقاولا من القطاع الخاص أو بصفة عامة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم و لو بصفة عرضية بإبرام عقد أو صفقة مع الأشخاص العمومية المذكورة في نفس الفقرة.

أما التاجر فقد عرفته المادة الأولى من القانون التجاري على أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا و يتخذه مهنة معتادة له، و قد حدد القانون التجاري في مواده من 3 إلى 5 ما هي الأعمال التجارية. و الملاحظ أن الفقرة الثانية من المادة 26 لا تشترط ممارسة العمل التجاري بصفة اعتيادية، بل اعتبرت الفاعل أيضا من يقوم بالفعل بصفة عرضية.

أما الحرفي فقد ورد تعريفه في المادة 10 من الأمر 01/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية و الحرف، على أنه كل شخص طبيعي مسجل في سجل الصناعة التقليدية و الحرف يمارس نشاطا تقليديا كما هو محدد في المادة 5 من نفس الأمر.

أما الصناعي فهو الشخص الذي يمارس نشاطا إقتصادي في مجال إستخراج أو إنتاج أو تحويل الثروات¹

¹ Gerard Cornu, Vocabulaire juridique, Op. cit. p. 435

أما المقاول فقد أشارت إليه المادة 549 من القانون المدني حين عرفت المقاوله على أنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر

أما العبارة العامة المدرجة بعد تحديد الأشخاص المعنيين بالجريمة فهي تعالج حالة وجود شخص يبرم عقد أو صفقة مع الأشخاص العمومية المذكورة و لكن لا تتوفر فيه لا صفة التاجر و لا الحرفي و لا الصناعي و لا المقاول، فتتطبق عليه هذه المادة. و الملاحظ أن المشرع بإستعماله عبارة " كل شخص طبيعي أو معنوي "¹ يفتح المجال لإدراج الأشخاص التابعة للقانون الخاص و لكن أيضاً الأشخاص التابعة للقانون العام، لكن بالرجوع إلى أحكام المادة 2 فقرة أخيرة من المرسوم الرئاسي 236/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية نجدها تنص على عدم خضوع العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين لأحكام المرسوم المذكور و بالتالي لا يمكن أن يكون الفاعل في هذه الجريمة إدارة عمومية.

أما إطار ارتكاب الجريمة فهو عملية إبرام عقد أو صفقة مع الأشخاص العمومية المذكورة، و قد سبق و أن تعرضنا لشرح المقصود من كلمة عقد أو صفقة في إطار دراسة العناصر الأولية لجنحة المحاباة، كذلك الشأن بالنسبة للأشخاص المتعاقدة مع الفاعل في هذه الجريمة، فالملاحظ عليها أنها تدخل في إطار الأشخاص المذكورين في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 236/10 السالف الذكر و لم ينص المشرع على المؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عمومية.

2/ الركن المادي للجنحة

يتمثل النشاط الإجرامي بالنسبة لهذه الجريمة في الإستفادة من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة من أجل الإستفادة من زيادة في الأسعار المطبقة عادة أو من تعديل لصالح المستفيد في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التمويل. و قبل

¹ هي نفس العبارة المستعملة في المادة 21 من المرسوم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية التي جاء فيها أنه يمكن المتعامل المتعاقد أن يكون شخصاً أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين.

شرح هذه العناصر نشير إلى أنه قد وقع خطأ في صياغة النص بحيث ورد "...الأسعار التي يطبقونها..." بدلا من يطبقها و كذلك ورد "...التعديل لصالحهم..." بدلا من لصالحه. لأن تطبيق المادة على حالها لا معنى له.

فالمزية التي يستفيد منها الفاعل قد منحت له بفضل سلطة و تأثير أعوان الهيئات المذكورة مما يفترض أن العون هو صاحب سلطة في إبرام الصفقة أو العقد أو ممن له تأثير في إتخاذ قرار إبرام هذه الصفقة، و قد سبق و أن تعرضنا لتحديد من هم الأشخاص الذين يبرمون الصفقة و أما من لهم تأثير في إتخاذ قرار إبرامها أو تنفيذ بنودها لأن مراجعة الأسعار قد تحصل في مرحلة تنفيذ الصفقة. و اشتراط أن يكون صاحب السلطة أو التأثير عون في الهيئة يبعد حالة الاستفادة من تأثير الأشخاص الخاصة التي قد تستشيرها الإدارات العمومية كمكاتب الدراسات.

أما المزية غير المستحقة فتتمثل في أربع صور و هي الزيادة في الأسعار و التعديل في نوعية المواد و الخدمات و التعديل في آجال التسليم أو التموين. و الملاحظ أن هذه الصور تدخل ضمن معايير إختيار المتعامل التي أوجب القانون ذكرها في دفتر الشروط الخاص بالمناقصة و التي يتم على أساسها تقييم و تنقيط عرض المؤسسة¹.

فبالنسبة للزيادة في الأسعار لصالح المتعاقد فهي تعتبر مخالفة صارخة للنصوص المتعلقة بالصفقات العمومية، و نظرا لأهمية عنصر السعر فقد خصص له المشرع في المرسوم 236/10 قسما كاملا تحت عنوان أسعار الصفقات. فإن قام الموظف العمومي بإبرام صفقة تتضمن سعرا زائدا على السعر المعمول به عادة من قبل المتعاقد بعيدا عن أي معيار موضوعي يبرر ذلك السعر، فإنه منحه مزية غير مستحقة بإستعمال سلطته و تأثيره. و رغم عدم الإطلاع على إجتهد قضائي في هذا الإطار فالغالب أنه سيستبعد تبرير سوء التقدير أو الخطأ في تقدير السعر لنفي وجود عنصر "استعمال السلطة و التأثير". و مرجع تقدير السعر الزائد هو السعر الذي يطبقه المتعامل عادة، و بالتالي يقع على عاتق هذا المتعامل عبء إثبات الطابع المبرر لرفعه للسعر و إلا إعتبر مرتكبا

¹ المادة 56 من المرسوم 236/10

للجنة المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 26 . و لا شك في هذا الإطار أن القاضي الجنائي سيستعين بخبراء لمدى للتحقق من مشروعية هذه الزيادة في السعر لأنها مسألة تقنية تحتاج إلى مختصين. هذا و لم يتضمن النص ذكر أي مقابل يمنحه المستفيد للموظف العمومي مما لا يستدعي إثبات تحيز أو تفضيل هذا الموظف له من خلال إستعماله لسلطته أو تأثيره في عملية إبرام الصفقة. فلمجرد وجود سعر زائد على السعر المعتاد يفترض استفادة المتعاقد من سلطة و تأثير الموظف، علما أن الغالب أن يختار العرض الأقل سعرا إلا ثبت وجود مزايا اقتصادية أخرى.

أما الصورة الثانية للمزية غير المبررة المتمثلة في التعديل لصالح المتعاقد في نوعية المواد و الخدمات فهي أيضا مسألة تقنية تحتاج إلى خبرة فنية لتقييم نوعية المواد أو الخدمات المتفق عليها و إثبات أنها أقل من المستوى المطلوب لا سيما بالنظر إلى السعر الزائد الممنوح للمتعاقد. و لم يجعل المشرع المعيار في هذه الصورة كما فعل في الصورة هو ما يقدمه المتعاقد عادة من مواد أو خدمات بل يبقى المعيار موضوعي خاضع لمعايير الجودة المعمول بها عامة في مثل هذه الصفقات.

أما صورتين الأخيرتين فهي تتعلق بتعديل آجال التسليم أو التموين و هذه مسائل خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي و تتركز أساسا على مقارن الحاجات الفعلية للإدارة مع آجال التسليم أو التموين المتفق عليها مع المتعاقد. و في هذا الإطار إذا منع للمتعاقد آجال تسليم أطول من الآجال الممنوحة عادة فيفترض أنه إستفادة من مزية غير مبررة و هو معرض لعقوبة جنائية.

الملاحظ في الأخير أن تجريم الصور السالفة الذكر قائم على قرينة قانونية ربطت بين وجود أسعار زائدة أو التعديل لصالح المتعاقد في النوعية أو الآجال من جهة و الإستفادة من سلطة و تأثير الموظف و بالتالي إستبعدت وجود هذه المزايا نتيجة خطأ أو سوء تقدير و هذا موقف يتماشى و الصرامة التي أرادها المشرع في معاقبة جرائم الفساد.

3/ الركن المعنوي

إن الركن المعنوي للجنة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 26 يتمثل في علم المترشح للصفقة أنه يقوم بإبرام عقد أو صفقة إستفاد فيها من سلطة أو تأثير الموظف في الزيادة في الأسعار أو التعديل لصالحه في النوعية و الأجال. و يفترض في هذا المتعامل علمه بأنه إستفاد من المزايا المذكورة بناء على سلطة و تأثير الموظف. إن تهديد المستفيد من المزية غير المبررة بخطر المتابعة على أساس الفقرة 2 من المادة 26 يفرض عليه تقادي إبرام أي صفقة تتضمن معايير غير مبررة بصفة موضوعية واضحة. فالركن المعنوي المفترض في هذه الجريمة يجعل من هذه الجريمة جريمة ذات طابع ردعي dissuasive . و يبقى التهديد بالخطر العقابي موجود كما هو الشأن بالنسبة لجريمة المحاباة لمجرد

المطلب الثاني: نماذج أفعال مؤدية لمنح المزية غير المبررة

إن القاعدة في إبرام الصفقات العمومية هي المنافسة وفق مبادئ المساواة و الشفافية، و كل إجراء من شأنه أن يخالف أحد هذه المبادئ يؤدي إلى ظهور الجريمة. و المشرع لم يحدد بدقة الإجراءات و النصوص التي تشكل مخالفتها الركن المادي لجريمة المحاباة، بل إستعمل عبارة " مخالفة للأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات " مما يستوجب البحث في النصوص المنظمة للصفقات العمومية عما يشكل قواعدا مكرسة لهذه المبادئ، علما أن المخالفة لهذه النصوص قد تكون مباشرة مثل اللجوء إلى إبرام الصفقة بالتراضي في غير حالاته، كما قد تكون غير مباشرة مثل سوء التقدير العمدي لتكلفة الصفقة للإعلان عن صفقة بدون جدوة و من ثمة منحها لمترشح مفضل¹ لكن العدد المعتبر و المتفرق لهذه النصوص يجعل من الصعب إحصاء كل هذه الإجراءات. فالقواعد المفصلة لإبرام

¹ A.S. MESCHERIAKOFF, Le délit de favoritisme, Les Petites AFFICHES, 15/2/1995, p.6 et 8 ; R. AMIEL, Favoritisme dans les marchés publics : bilan jurisprudentiel cinq ans apres la creation de cette incrimination, R.C.C, mars-avril 1997, p.31 ; DAL FARRA, Un aspect du risque pénal dans la passation de la commande publique : le délit de favoritisme, Gazette du palais, 1999, p.759 et s.

الصفقات العمومية تجعل من مجال منح المزية غير المبررة مجالا واسعا من الصعب إحصاؤه، و بالتالي تم إختيار كلمة " نماذج " في العنوان الحالي. و نظرا لصعوبة هذه المهمة قامت منظمة التعاون و التطور الإقتصادي OCDE بإعداد دراسة حول الفساد في الصفقات العمومية فخصصت جزءا منها لمحاولة إحصاء حالاته وفق المراحل المختلفة لإبرام الصفقات العمومية¹. و سيتم الإستعانة بهذه الدراسة و الإعتماد على مختلف الإجتهاادات القضائية و الدراسات الفقهية المتحصل عليها لعرض المخالفات الأساسية التي تسفر عن منح مزية غير مبررة. و رغبة في تسهيل الفهم و الوضوح ستعرض هذه الأفعال وفق مختلف المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية .

الفرع الأول: المفاضلة قبل الإعلان عن المناقصة

قد يهيء المشتري العمومي لإعطاء المزية غير المبررة للغير في مرحلة مبكرة من مراحل إبرام الصفقة العمومية و يكون ذلك من خلال إتخاذه لإجراءات تمس بحرية الوصول للطلب العمومي و المساواة بين المترشحين. فيلجؤ إلى إتباع إجراءات خاصة عند تحضيره لصفقة عمومية يكون الغرض منها إبعاد أكبر عدد من المترشحين و منح الأفضلية لمؤسسة واحدة دون غيرها و يكون ذلك أساسا من خلال وضع دفتر شروط يتضمن شروطا قد لا تتوفر إلا في تلك المؤسسة كما قد يتم ذلك عن طريق تفادي اللجوء للإجراء الأصلي في إبرام الصفقات فيلجؤ للإجراءات الإستثنائية أولالإجراءات الإستعجالية و الطرق الإستثنائية في غير حالاتها، لكن قبل كل ذلك فإن المحاباة قد تقع أيضا قبل إتخاذ قرار إبرام صفقة في مرحلة دراسة إحتياجات الإدارة و هذا ما سنتعرض له في النقطة الأولى.

الجزء الأول: المفاضلة عند تحديد حاجات الإدارة

إن الصفقات العمومية مظهر من مظاهر إستعمال المال العام و بالتالي فإن إتخاذ قرار أبرامها لا يكون إلا إذا ثبتت و بررت الإدارة حاجتها لذلك. و من أجل ذلك خصص

¹ Bribery in public procurement, Methods, Actors and counter-measures (corruption dans les marches publics, Methodes, acteurs et contre-mesures), OCDE 2007,p.21-27, www.oecd.org/editions/corrigenda

المشرع قسما في المرسوم 236/10 لتحديد الحاجات و قد جاء في المادة 11 منه أنه تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها،...، مسبقا قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة. و يتم إعداد الحاجات بناء على دراسات لهذه الحاجات من حيث طبيعتها و كميتها إستنادا إلى مواصفات تقنية. و قد تكون هذه المرحلة فرصة للتخطيط لأفعال فساد مستقبلية ذلك أن المشاورات و المحادثات التي تجرى في هذه المرحلة قد تسمح بإعطاء معلومات لبعض المؤسسات المفضلة كي تقدم عروض تقترب من حاجات الإدارة و بالتالي تمكنها من الفوز بالصفقة.

كما يعتبر عدم تحديد الحاجة بدقة من الناحية العملية من الوسائل التي تستعمل في مفاضلة مؤسسة دون غيرها و هي المؤسسة التي سبق أن أنجزت صفقة سابقة، ذلك أن المترشحين الجدد نظرا لعدم معرفتهم الواضحة للعمل المطلوب إنجازه سيقدمون أسعارا مرتفعة بينما المؤسسة المفضلة لها معلومات دقيقة تسمح لها بتقدير دقيق للسعر و قد جاء في قرار قضائي فرنسي أنه "يعتبر التحديد الكمي و النوعي للأعمال محل الصفقة مهم جدا لا سيما و أن المؤسسة التي سبق أن أنجزت نفس الأعمال تكون حائزة لمعلومات تفضيلية بالنسبة لباقي المترشحين و هذه المعلومات ضرورية لباقي المترشحين ليتقدموا بعروض جديّة"¹، و قد أكدت المحكمة في نفس القرار على أن سوء تحديد حاجات الإدارة يترتب عنه محاباة لإحدى المؤسسات و ذلك من خلال النتائج التي أسفرت عنها المناقصة و التي تميزت بنسبة ضعيفة من الترشيحات إذ أن سبع مؤسسات من الأثني عشر التي سحبت ملفات الترشح قد تنازلت عن المشاركة رغم كونها من أحسن المؤسسات.

فرغم كون هذه المرحلة مرحلة مبكرة من مراحل إبرام الصفقات العمومية فهي مرحلة أساسية كون إتخاذ قرار إبرام الصفقة لا يتم إلا على إثرها، و جريمة المحاباة قد تجد بوادرها في هذه المرحلة أيضا. فالإدارة يمكنها أن ترتكب تجاوزات عند تحديد

¹ « la détermination qualitative et quantitative des travaux objet du marché était d'autant plus importante en l'espèce que compte tenu des informations privilégiés dont bénéficiait l'entreprise... du fait notamment de son expérience de travaux identiques exécutés récemment au profit du SIEA, ces informations étaient indispensables aux autres entreprises pour présenter une offre sérieuse », C.A Nancy, ch.corr., 19 janvier 2006. – Cass. Crim., 27 septembre 2006, n° 06-80.300 cité dans : Florian LINDITCH, Un an de droit pénal des marchés publics, Droit pénal n° 10, Octobre 2007, chron. 4 .

العناصر المنشئة للحاجة أو عند تقدير الحاجة في حد ذاتها. و من قبيل ذلك يمكن للإدارة أن تنشئ تضخم الحاجة لشراء مواد معينة أو إنجاز أعمال أو خدمات و ذلك من أجل تمكين مؤسسة معينة فيما بعد من الاستفادة من صفقة القيام بهذا العمل. فتلجأ مثلا إلى إستعمال معطيات خاطئة و كذلك التمادي في وصف مزايا الصفقة، فقد ترفع الإدارة في عدد التلاميذ المقبلين على التمدرس من أجل خلق الحاجة لإنشاء مدرسة و ذلك بغرض إفادة مؤسسة معينة بإنجازها، مثال آخر أن تدعي الإدارة عدم قابلية تجهيزاتها للإصلاح من أجل شراء تجهيزات جديدة تبيعها المؤسسة المفضلة.

في حالات أخرى تكون الحاجة فعلا موجودة و لكن الإدارة ترفع أو تتقصص منها. فترفع في تكلفتها للحد من عدد المترشحين و لكي يتمكن المشتري العمومي فيما بعد من الحصول على عمولات من المؤسسة المفضلة التي ستفوز بالصفقة. أما في حالة تخفيض قيمة الحاجات عن طريق إهمال بعض عناصر الإنجاز أو عدم الأخذ بعين الإعتبار لبعض الصعوبات فقد يكون الغرض من أجل الإعلان عن صفقة بدون جدوة فيلجأ لإبرام الصفقة بطريقة تسمح لفوز مؤسسة بذاتها، و قد يكون الغرض أيضا هو التحضير لإبرام صفقات إضافية لنفس المتعامل و نذكر كمثال لذلك إبرام صفقة إنجاز حظيرات للسيارات دون إنارة، فلا شك أنه سيلجأ فيما بعد إلى إبرام صفقة خاصة بالإنارة.

هذا و نشير في الأخير إلى أن المشتري العمومي في بعض الأنظمة يسند مهمة إجراء الدراسات حول إحتياجات الإدارة إلى مكتب دراسات تكون له معه علاقات شخصية و يكون من بين أعضاء هذا المكتب أشخاص يعملون لدى مؤسسة سنترشح فيما بعد للفوز بالصفقة. و يقوم مكتب الدراسات هذا بخلق حاجات غير حقيقية للإدارة كما يمكنه أن يرفع في تقدير تكلفة المشروع كما يمكنه أيضا أن يسهل منح الصفقة لمتعامل معين من خلال إقتراح دفتر شروط يناسبه هو دون غيره. أما بالنسبة للقانون الجزائري فإن المادة 18 من المرسوم 236/10 أجازت للإدارة أن تلجأ بصفة إستثنائية إلى إجراء دراسة نضج و إنجاز عندما تقتضي أسباب ذات طابع تقني ضرورة إشراك المقاول في الدراسات الخاصة بالمشروع، لكن بالنسبة لدراسات تحديد الحاجات فإن المشرع قد

إستثنى مرحلة دراسة الجودة من دراسات النضج مما يستنتج منه أن مكاتب الدراسات الخاصة لا تتدخل في مرحلة تحديد الحاجات، و تبقى أن المفاضلة الممكنة يرتكبها المشتري العمومي ذاته على النحو السابق ذكره.

و بعد مرحلة تحديد الحاجات و إتخاذ قرار إبرام الصفقة تأتي مرحلة إعداد دفتر الشروط، و هي أيضا فرصة لإرتكاب جريمة المحاباة و هذا ما سنتعرض له فيما يلي.

الجزء الثاني: الأعمال التفضيلية في دفتر الشروط

Les clauses sur

mesure

تسلم الإدارة لكل مترشح لصفقة عمومية دفتر شروط يوضح الشروط التي تبرم و تنفذ وفقها الصفقة كما بينته المادة 10 من المرسوم 236/10. و الأصل أن هذه الشروط توضع بصفة موضوعية و تكفل إبرام أحسن صفقة ممكنة، فيضع المشتري العمومي معايير إختيار يكون الغرض الأساسي منها هو التوصل إلى التعاقد مع الشخص الذي في إمكانه تنفيذ محل الصفقة على أحسن وجه أي يتوصل إلى أحسن عرض إقتصادي، و بالتالي فللمشتري العمومي سلطة واسعة في إعداد هذه المعايير و لكن دائما في إطار إحترام المبادئ المنصوص عنها في المادة 3 من المرسوم الرئاسي 236/10 و المتمثلة في مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المرشحين و شفافية الإجراءات. فلا يمكن للمشتري العمومي أن يعبر في دفتر شروطه عن إحتياجات مبهمة أو شروط غير واضحة تمكنه من إستعمال سلطة تعسفية في إختيار المتعامل

هذا و إن كان من المستحب إضافة معايير إختيار من أجل إنتقاء أحسن عرض، فإنه يشترط في هذه المعايير أن تكون مبررة بالنظر إلى محل الصفقة و إلى شروط تنفيذها. فقد يفسح إدراج بعض المعايير الإضافية التي لا تتوفر إلا في مؤسسة واحدة عن رغبة مستترة في تفضيل مؤسسة واحدة. فلا يمكن للمشتري العمومي أن يضع في دفتر شروطه شروطا تقنية محددة لا تتوفر إلا في مؤسسة واحد دون أن يكون هذا التخصيص

ضروري لحسن تنفيذ الصفقة. فدفتر الشروط خاضع لرقابة القاضي الجنائي لأنه قد يكون إحدى الوسائل المستعملة لإرتكاب جريمة المحاباة. و قد أدان القضاء الجنائي الفرنسي بجريمة المحاباة فعل تقرير أن الصفقة التفاوضية مستحيلة بسبب المهارة الحصرية لشركة واحدة دون أن يكون ذلك مبررا¹.

و في هذا الأطار قد يقع أن يدرج في دفتر الشروط لا سيما عندما يتعلق الأمر بصفقات الجماعات المحلية بعض المعايير التي تمنح الأفضلية للمؤسسات المحلية أو لمؤسسات تقدم أفضل العروض الإجتماعية.

الشروط التفضيلية للمؤسسات المحلية

قد يدرج المشتري العمومي معايير مبنية على رغبته في تفضيل المؤسسات المحلية دون وجود لما يبرر ذلك من حسن تنفيذ الصفقة و ذلك حتى إن كان العرض الذي تقدمه هذه المؤسسات ليس هو الأحسن بالنظر إلى المعايير المحددة في القانون و المتعلقة أساسا بالموصفات التقنية و الإقتصادية لإنجاز الصفقة، كالسعر أو آجال التنفيذ. و قد سبق للقضاء الجنائي الفرنسي أن إعتبر أن معيار المعرفة الجيدة للمؤسسة المختارة للأماكن بفضل تواجدها القريب لا يعتبر معيارا قانونيا و يشكل تفضيلا لهذه المؤسسة².

و بالمقابل فقد قضى الإجتهد الفرنسي بأنه يمكن إستثناء أن يؤخذ بعين الإعتبار معيار المؤسسة المحلية إذا كان قربها يعد شرطا أساسيا لحسن تنفيذ الصفقة لا سيما فيما يخص صفقات الصيانة، و قد إعتبر القضاء الفرنسي أنه حتى و إن كانت صفقة محلها صيانة المساحات الخضراء يستوجب تنفيذها إختيار مؤسسة متواجدة بالقرب من الأماكن المراد صيانتها فإنه في إمكان الجماعة المحلية أن تشترط لمنح الصفقة أن يكون للمترشح وجودا محليا³.

¹ C.A Bordeaux, 17/03/1997, juris-Data n° 1997-043248 آجال التنفيذ

² T.G.I Vannes, 4/12/1997, circ-crim.98.4/G3, 2/7.1998

³ C.E 14/01/1998, Société Martin-Fourquin, req. N° 168688

و نشير أخيرا أنه إن كان معيار الأفضلية للمؤسسات المحلية يشكل فعل محاباة فقد لاحظ البعض وجود نوع من التسامح مع هذا الفعل¹.

معيار أحسن العروض الإجتماعية

إن كان الغرض الأساسي لإبرام الصفقات العمومية هو تلبية إحتياجات الإدارة في تسيرها للمرفق العام و كذلك في إنجازها للمشاريع الحيوية و التنموية للدولة، فإن تنفيذ هذه الصفقات هو أيضا فرصة للتشغيل و من ثمة لإمتصاص البطالة و من أجل ذلك طرحت على القضاء الفرنسي مسألة مدى إعتبار عامل ترقية الشغل و محاربة البطالة معيارا موضوعيا لإختيار الفائز بالصفقة، أم أنها غير ذلك و بالتالي تقوم جريمة المحاباة إذا ما فضلت المؤسسة على أساس هذا المعيار.

لقد إعتبر منشور وزاري فرنسي صادر في 14/12/1995 أن المعيار المتعلق بالشغل شرطا موضوعيا لتقديم العروض مثله مثل الخصوصيات التقنية لتنفيذ الصفقة²، أما مجلس الدولة الفرنسي و مجلس المنافسة فقد إعتبراه مجرد " إعلان عن إرادة " " déclaration d'intention "، و ليس معيار إختيار صالح لإبعاد ترشح مؤسسة لعدم كفاية إلتزامها الإجتماعي³ و يبقى هذا المعيار محل نقاش لإحتمال قيام جريمة المحاباة.

و مهما يكن من أمر فإن كان إختيار المؤسسات على أساس هذه المعايير الإضافية (التواجد المحلي و أحسن العروض الإجتماعية) لا يعتبر مخالفة للنزاهة، فإنه لا يمكن منح الصفقة على أساس هذين المعيارين إذا كان يترتب عن ذلك مخالفة لمبدأ المنافسة.

نشير في الأخير إلى أنه لا يمكن للمشتري العمومي المعلن عن الصفقة أن يتراجع عن الشروط المدرجة في دفتر الشروط و يعدلها في مرحلة لاحقة و لا يمكنه أن يوافق على ترشح خالف هذه الشروط و لو كانت المخالفة لحسن تنفيذ الصفقة لأن هذا يعتبر إخلالا بمبدأ المساواة في معاملة المترشحين الذين كان في إمكانهم أن يقدموا نفس

¹ Catherine Prebissy-Schnall, La pénalisation du droit des marchés publics, op.cit , p.102.

² Circ.n°95-94 du 14/12/1995, « prise en compte d'actions en matière d'insertion et d'emploi dans les marchés publics de travaux », Mon.TP., 22/12/1995, suppl.p.202

³ Cons.Conc., Avis 5/1/1994 : n° 94-A-01 ; BOCC, 9/2/1994,p.74.

العروض لو علموا بجواز مخالفة دفتر الشروط، و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بمناسبة إبرام صفقة جاء في دفتر الشروط أن إنجاز الأعمال يكون بالإسمنت المسلح دون غيره بينما قدمت مؤسسة عرضها لإنجاز العمل بمادة أخرى لها مزايا أحسن من الإسمنت المسلح فقبل عرضها، فأدانت المحكمة بجريمة المحاباة على أساس أنه كان على لجان الصفقات أن يبعدوا العروض غير المطابقة لدفتر الشروط حتى و إن كانت لها مزايا¹.

و بعدما أشرنا إلى المحاباة المبكرة التي قد تقع قبل الإعلان عن الصفقة، فثمة فرصة أكبر لوقوع الجريمة عند إختيار طريقة إبرام الصفقة و هذا ما سنتعرض له في العنوان الموالي.

الجزء الثالث: تفادي المناقصة عن طريق تجزئة الطلبات Fractionnement

إن كان الأصل في إبرام الصفقات العمومية هو اللجوء إلى إجراء المناقصة فقد أجاز قانون الصفقات العمومية للمشتري العمومي أن يتعامل دون اللجوء إلى إبرام صفقة بالنسبة للعقود و الطلبات التي تساوي أو تقل عن 8 ملايين دينار بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم و 4 ملايين دينار بالنسبة لخدمات الدراسات أو الخدمات، و ذلك على أن تخضع هذه الطلبات لإجراءات الإستشارة بين ثلاثة متعهدين على الأقل و يكون ذلك محل عقود تحدد حقوق الأطراف و واجباتهم.

كما أجاز من جهة أخرى التعامل دون حاجة إلى إبرام صفقة عمومية بالنسبة لطلبات الخدمات التي يقل مجموع مبالغها خلال نفس السنة المالية، عن 500000 دج فيما يخص الأشغال و اللوازم و عن 200000 دج فيما يخص الدراسات أو الخدمات، و بخلاف الحالة الأولى لا يلجؤ وجوبا لأية إستشارة كما أن هذه الطلبات لا تكون وجوبا محل عقد إلا في حالات الدراسات.

¹ Cass. Crim., 22 novembre 2006, n° 05-85.919 ; F-D : Juris-Data n° 2006-036976.

فإعفاء المشتري العمومي من إبرام صفقة بمفهوم قانون الصفقات العمومية أي من إتباع الإجراءات الطويلة للمناقصة مقتصر على هذه الحالات المذكورة في المادة السادسة السالفة الذكر¹، و لكن قد يلجؤ هذا المتعامل لطرق إحتيالية لكي يوهم بتواجده في إحدى هذه الحالات و من ثمة تفادي إبرام الصفقة و يكون ذلك غالبا عن طريق تجزئة الطلبات. و قد تكون الرغبة في منح الصفقة لأحد المترشحين هي التي تجعل المشتري العمومي يلجؤ لتجزئة الطلبات و بذلك يسترجع حريته في إختيار المؤسسة المنفذة للعمل.

فجريمة المحاباة تقوم في هذا الإطار أولا إذا لم يحترم المشتري العمومي الحد الأدنى الموجب لإبرام الصفقة العمومية و يلجؤ للإجراءات المنصوص عليها في المادة السادسة و ذلك رغم أن قيمة الصفقة تفوق مبلغ 8 ملايين دينار جزائري بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم و 4 ملايين دينار جزائري بالنسبة لخدمات الدراسات أو الخدمات. و لكن المظهر الغالب لجريمة المحاباة في هذا الإطار هو اللجوء إلى تجزئة مصطنعة للصفقة لتفادي الوصول إلى الحد الأدنى الموجب لإبرام الصفقة عن طريق المناقصة.

فإن تقسيم الصفقة الإجمالية إلى عدة صفقات يسمح باللجوء إلى إجراءات معفية من الإشهار و المنافسة أو على الأقل اللجوء إلى إجراءات منافسة مبسطة كما هو الشأن بالنسبة لما ذكر في الفقرة الثانية من المادة السادسة التي توجب فقط إجراء إستشارة بين ثلاثة متعهدين مؤهلين على الأقل.

فإن كان القاضي الإداري يلغي التعامل المبرم خارج إطار إبرام الصفقات العمومية عندما يكون مخالفا للحد الأدنى الموجب لإبرام الصفقة فإن القاضي الجنائي يختص أيضا بالبحث في مدى وجود طرق احتيالية و من أجل ذلك يستوجب عليه معرفة طرق حساب العتبات. نشير في الأخير إلى أن الإجتهد القضائي الفرنسي قد يكون متشدد جدا مع مسألة تجزئة الطلبات و لا يأخذ بأي تبرير. ففي قضية حول أعمال تجديد عمارة المجلس

¹ يطرح التساؤل في هذا الإطار عن مدى شرعية الإجراء الذي أعلن عنه وزير الداخلية دحو ولد قابلية أثناء اللقاء الذي جمعه بإطارات الإدارة المحلية و رؤساء الدوائر بتاريخ 2012/10/20 و الرامي إلى السماح للولاية و رؤساء الدوائر بإبرام صفقات بالتراضي مع المؤسسة العمومية "باتي مال" المتخصصة في تصميم و بناء الهياكل المعدنية و ذلك قصد إنجاز أسواق الجملة و التجزئة و حتى الجوارية. (الخبر و ارد في مقال أحمد حمداني، " الداخلية ترخص للولاية بإبرام صفقات بالتراضي لإنجاز السواق الجوارية"، جريدة الخبر 2012/10/22).

الإقليمي لبولينيزيا الفرنسية Polynésie française في آجال قصيرة قام رئيس المجلس و هو المتهم بالمحاباة بتجزئة الطلبات لتفادي الإعلان عن صفقة ربحا للوقت و لتكليف عدة مؤسسات بإنجاز العمل، فرغم أنه تصرف بدافع ربح الوقت إلا أن المحكمة قد أدانته بجنحة المحاباة على أساس تجزئة الطلبات. و يبرر التشديد في عدم التسامح مع تجزئة الطلبات بأن هذا الفعل يعتبر من أقدم الجرائم المتعلقة بالشراء العمومي¹.

الجزء الرابع: اللجوء إلى الطرق الإستثنائية في إبرام الصفقات في غير حالاتها

لقد جعل المشرع من إجراء المناقصة القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية بإعتباره الإجراء الذي يحقق المبادئ العامة المشار إليها في المادة 3 من قانون الصفقات العمومية و هي مبدأ حرية الوصول للطلب العمومي و مبدأ المساواة في معاملة المترشحين و مبدأ شفافية الإجراءات.

و المناقصة كما جاء في المادة 26 من المرسوم الرئاسي /236 هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض و قد حددت المادة 28 من نفس الأمر الأشكال التي يتم وفقها إجراء المناقصة و هي إما المناقصة المفتوحة التي تمكن أي مترشح مؤهل من تقديم تعهد إما المناقصة المحدودة و هي إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا.

أما الإجراء الثالث فيتمثل في الإستشارة الإنتقائية و هو إجراء يكون المرشحون المرخص لهم بتقديم عروض هم المدعوون خصيصا للقيام بذلك بعد إنتقاء أولي و هو إجراء صحيح متى وجهت الإستشارة إلى ثلاثة مترشحين على الأقل. أما الإجراء الرابع فهو المزايمة و هو إجراء تمنح الصفقة بموجبه للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمنا دون إعتبار للمعايير الأخرى و يكون ذلك في العمليات البسيطة من النمط العادي و لا يخص إلا المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري.

¹ Florian LINDITCH, Un an de droit pénal des marchés publics, Droit pénal n° 10, Octobre 2007, chron. 4.

أما الإجراء الأخير فهو المسابقة و هو إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو إقتصادية أو جمالية أو فنية و في هذا الإجراء يحدد الحد الأدنى للمترشحين بثلاثة.

و الملاحظ بعد عرض الأشكال الخمس التي قد تتخذها المناقصة أن المناقصة المفتوحة هي التي يتحقق فيها إحترام مبادئ الطلب العمومي السالفة الذكر كونها لم تشترط في المترشح أية أوصاف خاصة ماعدا التأهيل بالنظر إلى دفتر الشروط أما المناقصات الأخرى فهي لا تفتح لأي مترشح بل للذين تتوفر فيهم بعض الشروط الخاصة. و في هذا الإطار يمكن أن تقوم جريمة المحاباة إذا إختار المشتري العمومي إجراء غير إجراء المنافسة المفتوحة بغير مبرر.

فإذا لجأ المشتري العمومي لإبرام الصفقة عن طريق المناقصة المحدودة دون أن تكون طبيعة وتعقيد و أهمية المشروع تبرر وجود شروط خاصة في مجال التأهيل و التصنيف و المراجع المهنية يحد من عدد المترشحين فقد يكون ذلك بغرض منح الأفضلية لمؤسسة دون غيرها و بالتالي تقوم جريمة المحاباة، و قد سبق للقضاء الفرنسي أن أدان اللجوء إلى المنافسة المحدودة في غياب خصوصية المشروع التي تبرر تحديد عدد المترشحين¹.

كذلك الشأن بالنسبة للجوء للإستشارة الإنتقائية فقد حددت المادة 31 من المرسوم الرئاسي 236/10 إطار هذا الإجراء و هو حينما يتعلق الأمر بعمليات معقدة أو ذات أهمية خاصة كما أضافت الفقرة الرابعة من نفس المادة إمكانية اللجوء إلى إستشارة مباشرة للمتعاملين الإقتصاديين المؤهلين و المسجلين في قائمة مفتوحة تعدها المصلحة التعاقدية على أساس إنتقاء أولي و ذلك بمناسبة إنجاز عمليات هندسية مركبة أو ذات أهمية خاصة أو عمليات إقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري. فإذا إختار المشتري العمومي الإستشارة الإنتقائية في غير حالاتها فهو يتعرض لمتابعته من أجل إرتكابه لجريمة المحاباة إذا ثبت أن الإختيار كان بغرض منح مزية غير مستحقة لأحد

¹ T.G.I Avanches, 16/05/1995,circ.crim 98.4/G3 du 2/7/1998.

المترشحين. و تبقى قائمة حالات ارتكاب جريمة المحاباة مفتوحة لكل لجوء لشكل إستثنائي في إبرام الصفقة في غير حالاته.

فبالرغم من أن القانون جعل إختيار كيفية إبرام الصفقة من إختصاص المصلحة المتعاقدة فإنه أوجب على هذه الأخيرة أن تعلل إختيارها هذا مما يسمح بالتأكد من مدى شرعية إختيار الإجراء الاستثنائي و إن كان يخفي جريمة محاباة.

و ما قيل بالنسبة لإجراءات المناقصة السالفة الذكر من احتمال وجود جريمة محاباة يصدق أيضا على الإجراء الثاني لإبرام الصفقات العمومية الذي نص عليه الأمر 10/ 236 في مادته الخامسة و العشرين و هو إجراء التراضي الذي عرفته المادة 26 على أنه إجراء تخصص فيه الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية للمنافسة و قد يتخذ شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الإستشارة و قد نصت المادة 27 أن إجراء التراضي البسيط قاعدة إستثنائية لإبرام العقود لا يمكن إعتماها إلا في الحالات الواردة في المادة 43 من المرسوم 236/10.

و قد حددت المادة 43 على سبيل الحصر حالات اللجوء إلى التراضي البسيط نذكر على سبيل المثال عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعية إحتكارية، أو ينفرد بإمتلاك الطريقة التكنولوجية التي إختارها المصلحة المتعاقدة أو حالات الإستعجال المذكورة في الفقرتين (2) و (3).

أما عن إجراء التراضي بعد الإستشارة فقد حددت المادة 44 حالات اللجوء له نذكر منها حالة عدم جدوة الدعوة إلى المنافسة أو في حالة صفقات الدراسات و اللوازم و الخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى المناقصة. و في هذا الإطار قد سبق للقضاء الفرنسي أن أدان بجريمة المحاباة حالة تم فيها تخفيض إرادي لتقدير قيمة الخدمة

و ذلك للإعلان عن مناقصة بدون جدوة و من ثمة منح الصفقة إلى مؤسسة ليست بالضرورة هي التي قدمت أقل عرض¹

الجزء الخامس: الإعلان عن حالة الإستعجال في غير محلها

الإستعجال حالة إستثنائية تعفي المشتري العمومي من بعض الشروط الإجرائية و لا يلجؤ لها إلا للضرورة القصوى و قد تضمن المرسوم الرئاسي 236/10 عدة حالات إستعجالية تعفي من تطبيق بعض أحكام هذا الأمر لا سيما فيما يخص طريقة الإبرام نذكر منها أولا ما تضمنته المادة 5 حول صفقات إستيراد المنتوجات و الخدمات التي تتطلب المصلحة المتعاقدة المعنية السرعة في إتخاذ القرار بحكم طبيعتها و التقلب السريع في أسعارها و مدى توفرها و كذلك الممارسات التجارية المطبقة عليها.

فالقاضي الجنائي يمكنه أن يدين المشتري العمومي بجريمة المحاباة بسبب فعل اللجوء إلى إجراءات الإستعجال في غير حالاتها رغبة في تفضيل إحدى المؤسسات و لكن عليه قبل ذلك أن يتحقق إن كانت تلك الصفقة من طبيعتها تستوجب السرعة في إتخاذ القرار أو يتحقق من أن أسعارها تتقلب بسرعة و كذلك من مدى وفرتها و من الممارسات التجارية المطبق عليها. و هذا يتطلب من القاضي أن يكون ملما بالظروف الإقتصادية و كيفية تأثيرها على إبرام الصفقات، و نظرا لعدم حصر المشرع لحالات الإستعجال على سبيل التعداد فإن للقاضي الجنائي سلطة واسعة في تفسير تلك الحالات المذكورة بصيغة عامة.

يمكن أن نذكر ثانيا الصفقات التي تبرم في حالة الخطر، فقد تضمنت المادة السابعة حالة أخرى من حالات الخروج عن القواعد العامة لإبرام و تنفيذ الصفقات. إذ بالفعل فإنه في حالة وجود خطر يهدد إستثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي فإنه خروجا على قاعدة أنه لا يمكن الشروع في تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقات العمومية أجاز المشرع أن يشرع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة و ذلك بموجب مقرر

¹ C.A Caen 20/04/1998, juris-Data n° 1998- 0411752- circ.crim.98.4/G3, 2/7/1998.

معل صادر عن الوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي المعني یرخص بذلك.

الإستعجال الذي یرر اللجوء إلى طريقة التراضي البسيط

خروجا عن الأصل في طريقة إبرام الصفقات المتمثل في إجراء المناقصة فإن المشرع نص في المادة 43 على سبيل الحصر على الحالات التي يجوز فيها إبرام الصفقة عن طريق التراضي البسيط و من ضمن هذه الحالات هناك حالتين یررهما الإستعجال. فالفقرة الثانية من المادة 43 نصت على أنه في حالات الإستعجال الملح المعل بخطر داهم يتعرض له ملك أو إستثمار قد تجسد في الميدان و لا يسعه التكيف مع آجال المناقصة، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الإستعجال، و ألا تكون نتيجة مناورات للماطلة من طرفها. فوجود حالة الخطر على ملك أو إشهار زيادة على أنها تجيز الشروع في تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة كما تم ذكره في العنوان السابق، فإن المشرع جعل من طريقة الإبرام في هذه الحالة هي التراضي البسيط.

فجنحة المحاباة تجد لها إطارا في هذه الحالة إذا ثبت أن شروط اللجوء إلى التراضي البسيط المنصوص عليها في هذه الحالة غير متوفرة فعلى القاضي الجنائي أن یقدر مدى توفر الخطر الداهم على ملك أو إستثمار.

و قد أجازت الفقرة الثالثة من نفس المادة اللجوء أيضا إلى التراضي البسيط في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الإقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية بشرط أن الظروف التي إستوجبت هذا الإستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة و لم تكن نتيجة مناورات للماطلة من طرفها. و في هذا الإطار أيضا يتمتع القاضي الجنائي بسلطة تقديرية واسعة في تفسير مفهوم التموين المستعجل المخصص لضمان سير الإقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية كما يملك سلطة تقديرية فيما يخص التثبت من أن الظروف لم تكن متوقعة.

الإستعجال الذي يبرر عدم القيام بالإستشارة

نصت الفقرة السابعة من المادة السادسة أنه لا يكون محل إستشارة وجوبا لا سيما في حالة الإستعجال طلبات الخدمات التي تقل مجموع مبالغها خلال نفس السنة المالية عن 500000 دج فيما يخص الأشغال أو اللوازم و عن 200000 دج فيما يخص الدراسات أو الخدمات. فإذا لم يتم المشتري العمومي بإجراء الإستشارة رغم إرتفاع مبلغ الخدمات عن المبالغ المذكورة في المادة السادسة فإنه يمكن أن تقوم جريمة المحاباة.

و بعد إعداد دفتر الشروط و إختيار طريقة إبرام الصفقة العمومية تأتي مرحلة الإعلان عن الصفقة و في هذه المرحلة أيضا قد تقع أعمال المفاضلة على النحو الذي سنوضحه فيما يلي.

الفرع الثاني: المفاضلة عند الإعلان عن الصفقة و تلقي الترشيحات

إن مرحلة الإعلان عن الصفقة مرحلة أساسية في تثبيت و تكريس أسس و مبادئ الشراء العمومي التي تقوم جريمة المحاباة على مخالفتها، لأن الإعلان هو بالدرجة الأولى الإجراء الذي يكرس أولا مبدأ الشفافية و ثانيا مبدأ المساواة من خلال إيصال العلم إلى كل من يرغب في الترشح عن طريق الإشهار من و عن طريق منح الراغبين في الترشح فرصة إعداد عروضهم من خلال منحهم آجال كافية لذلك و في هذا الإجراء فرصة لإرتكاب جنحة المحاباة على النحو الذي سنتعرض له في العنوانين التاليين ، هذا و سنخصص عنوانا أخيرا لمرحلة تلقي الترشيحات التي يمكن أيضا أن ترتكب خلالها الجنحة.

أ/ المفاضلة عن طريق الإشهار المحدود

إلتزاما بمبدأ إحترام المنافسة أوجب قانون الصفقات العمومية على المشتري العمومي إشهار إجراءات المناقصة. فتتص المادة 49 من المرسوم 236/10 صراحة على أنه ينشر إجباريا إعلان المناقصة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي

و على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني. كما أنه يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة مع كل العناصر التي سمحت بإختيار الفائز بالصفقة و هذا تحقيقا للشفافية في منح الصفقة و كذلك لتمكين المترشحين الآخرين من التحقق من مدى حياد المشتري العمومي في منح الصفقة.

و إن كان الأصل أن الإشهار يكون في الجرائد الوطنية فإن المشرع قد أجاز نشر إعلان المناقصة في جرائد محلية بالنسبة لصفقات الولايات و البلديات و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها و التي تتضمن صفقات أشغال و لوازم و دراسات أو خدمات يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري على التوالي خمسين مليون دينار أو يقل عنها و عشرين مليون دينار أو يقل عنها. على أن يكون هذا الإشهار المحلي في يوميتين محليتين أو جهويتين كما أوجب المشرع إصاق إعلان المناقصة بالمقرات المعنية للولاية لكافة بلديات الولاية لغرفة التجارة و الصناعة و الحرف و الفلاحة و للمديرية التقنية المعنية في الولاية.

فإن لم يقم المشتري العمومي بإجراءات النشر السالفة الذكر فقد يكون ذلك بغرض منح الصفقة للمؤسسة التي تحضى بتفضيله و بالتالي يظهر إحتمال قيام جريمة المحاباة على هذا الأساس. فقد لا ينشر إعلان الصفقة أو ينشر في جرائد لا تستجيب لشروط الوطنية أو المحلية حسب الحالات أو قد يلجؤ للنشر الحلي بينما كان يجب القيام بنشر وطني و كل ذلك بغرض منع وجود عدد كبير من المترشحين و من ثمة السماح لمؤسسة واحدة بالفوز بالصفقة.

ب/ المفاضلة عن طريق تقليص آجال تلقي الترشيحات

كما أوجب المشرع على المشتري العمومي القيام بنشر إعلان المنافسة رغبة منه في توفير إطار التساوي الضروري لتحقيق المنافسة قد أوجب عليه أيضا أن يمنح لكل المترشحين الآجال الكافية لتحضير عروضهم فقد وضحت الفقرة 4 من المادة 50 الغرض

من منح الأجل بنصها على أنه يفسح الأجل المحدد لتحضير العروض و المجال واسعا
لأكبر عدد ممكن من المتنافسين.

فإن أجل تحضير العروض يحدد تبعا لعناصر معنية مثل تعقيد موضوع الصفقة
المعتزم طرحها و المدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض و إيصال التعهدات.

و كذلك في حالة تمديد الأجل المحدد لتحضير العروض أوجب المشرع على المشتري
العمومي أن يخبر المرشحين بكل الوسائل لكي لا يستفيد أحد المترشحين دون الآخرين
بهذا الأجل الإضافي و يتمكن من تحضير عرض في ظروف أحسن من باقي المترشحين.
و لأهمية مسألة آجال الترشح قد نص عليها المشرع في المادة 48 من المرسوم 236/10
ضمن ما يجب أن تحتويه الوثائق المتعلقة بالمناقصة أو بالتراضي بعد الإستشارة التي
توضع تحت تصرف المترشحين لتمكينهم من تقديم تعهدات مقبولة، و تحريا للدقة و
الوضوح ذكرت نفس المادة ، ضرورة تحديد الأجل الممنوح لتحضير العروض و أجل
صلاحية العروض و كذلك آخر ساعة لإيداع العروض.

و قد أوجب المشرع أيضا على المصلحة المتعاقدة أن تحسب أجل إيداع العروض
إبتداءا من نشرها الأول في النشرة الرسمية بصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة
و يدرج أيضا في دفتر الشروط.

فإن أهمل المشتري العمومي البيانات المتعلقة بآجال تلقي الترشيحات أو إذا حدد آجالا
قصيرة لا تتناسب و عناصر الصفقة أو إذا قبل عرضا قدم بعد فوات الأجل المحدد فإن
ذلك قد يكون بغرض تفضيل أحد المترشحين. ذلك أن المترشح الذي إستفاد من معلومات
سابقة و كان على علم بتفاصيل الصفقة قبل الإعلان عنها يكون مستعدا لتقديم عرضه
و لا يحتاج لأجل طويل لإيداعه، و المشتري العمومي لعلمه أن إعداد العرض يتطلب
وقتا طويلا فإنه يعتمد تقليص أجل إيداع الترشيحات فيكون للمترشح الذي كان على علم
فرصة تقديم عرضه في الآجال دون باقي المترشحين، و هذا يعد إخلالا بمبدأ المساواة
بين المترشحين و من شأنه أن يشكل أحد عناصر الركن المادي لجريمة المحاباة. هذا لا

يمنع من أن سوء تقدير المشتري العمومي لأجال الترشيحات لا يشكل بالضرورة فعل المحاباة، بل قد يعود ذلك إلى خطأ إداري ليس الغرض منه تفضيل أية مؤسسة مترشحة عن غيرها.

ج/ المفاضلة عن طريق إهمال إجراءات الترشح

إن مرحلة تلقي الترشيحات هي مرحلة سابقة على فتح العروض، و يتم خلالها تهيئة كل العروض المودعة للفحص، و رغم أنها مرحلة تحضيرية إلا أن شكلية تسجيل هذه العروض و تصنيفها قد يؤثر على عملية فحصها و من ثمة قد يهيؤ للمفاضلة في هذه المرحلة أيضا.

لقد أوضحت المادة 51 من المرسوم 236/10 أن التعهدات تشتمل على عرض تقني و عرض مالي و أن كل عرض يجب أن يوضع في ظرف منفصل و مقفل و مختوم يبين مرجع المناقصة و موضوعها و يتضمن عبارة " تقني " أو " مالي " و يوضع الظرفان في ظرف آخر مقفل يحمل عبارة " لا يفتح - مناقصة رقم...- موضوع المناقصة ".

و لا يمكن في هذه المرحلة أن تفتح الأظرفة و يطلع عليها أيا كان، كما لا يمكن لأي مترشح بعد تقديم عروضه و تسجيلها لدى الإدارة أن يفتحها و يعدل في محتواها كما يمنع عليه كتابة أية بيانات على الأظرف ما عدا تلك الوارد ذكرها في المادة 51 الآتفة الذكر، كما أنه على الإدارة أن تسجل تاريخ وصول الأظرفة و ترتبها حسب ذلك ليتسن فيما بعد مراقبة مدى وصولها في الأجال القانونية.

فهذه المرحلة تقوم على أساس التنظيم المحكم لتلقي الترشيحات و بالتالي قد يعتمد المشتري العمومي عدم إحترام الشكليات السالفة الذكر لخلق فوضى و عدم وضوح في تصنيف الملفات و ذلك بغرض السماح لمؤسسة ترشحت خارج الأجال بالفوز.

الفرع الثالث: المفاضلة في مرحلة فحص العروض

تعتبر مرحلة فحص العروض مرحلة حاسمة في إختيار الفائز بالصفقة و هي أيضا إطارا مناسباً لإرتكاب جريمة المحاباة سواء من خلال مخالفة بعض المبادئ التي تحكم هذه المرحلة أو من خلال عدم الإعتماد على المعايير الموضوعية في الإختيار.

أ/ المفاضلة عن طريق تعديل العرض بعد فتح الأظرفة

إن مبدأ عدم قابلية العرض للمراجعة يشكل إلى جانب معايير الأسس التي تقوم عليها إجراءات المنافسة و التي ترمي إلى ضمان مساواة الفرص بين المترشحين الذين قدموا عروضاً أعدت على أساس خصائص الصفقة المعلن عنها و إلى غاية جلسة فتح الأظرفة فإن محتوى فتح هذه العروض يبقى سرياً لتفادي تحصل أحد المتنافسين على معلومات عن عرض منافس آخر تسمح له إذا كان الأجل لم ينقض بعد بتقديم عرض معدل على ضوء العروض الأخرى و هذا ما تحظره صراحة المادة 32 ف(6) بنصها على أنه لا يجوز الكشف عن أية معلومة تتعلق بمحتوى عرض مترشح من المترشحين.

و إحتراماً لمبدأ المساواة في المعاملة بين المتنافسين فإن المشتري العمومي لا يمكنه إعادة المفاوضة المترتب عنها تعديل العرض و بالتالي فكل فعل من شأنه المساس بمبدأ عدم قابلية العرض للتعديل يشكل عنصر من عناصر جريمة المحاباة¹ إلا أن المشرع الجزائري قد أجاز في المادة 32 من المرسوم الرئاسي 236/10 أن يطلب كتابياً من المترشحين الذين قدموا عروضاً مطابقة لدفتر الشروط، يقدم توضيحات أو تفصيلات بشأن عروضهم و كذلك إمكانية تنظيم إجتماعات بتوضيح الجوانب التقنية لعروض المترشحين. لكن إشتراط بالنسبة لهذا الإجراء أن لا يؤدي إلى تعديل العروض بصفة أساسية .

¹ T.G.I. Avranches, 16/05/1995, non publié cité dans Catherine Prebissy-Schnall, La pénalisation du droit des marchés publics, op.cit, p.113.

كما لا يمكن للمشتري العمومي أن يعدل محتوى محل الصفقة من خلال إسقاط بعض الخدمات أو تعديل مواصفات الصفقة المحددة منذ البداية و ذلك بعد فتح الأظرفة مخالفة لدفتر الشروط و ذلك من أجل السماح لمؤسسة مفضلة بأن تخفض عرضها لتصبح صاحبة أقل عرض علما أنه لم يتم إستشارة باقي المترشحين. و هذا ما نصت عليه المادة 58 من المرسوم الرئاسي 236/10 بقولها أنه لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين بعد فتح الأظرفة و أثناء تقييم العروض لإختيار الشريك التعاقد.

فقد تقوم جريمة المحاباة في حالة السماح لأحد المترشحين بأن يعدل عرضه بصفة أساسية و ذلك بعد تقديمه كما قد تقوم جريمة المحاباة إذا سمحت المصلحة المتعاقدة لأحد المترشحين بالحصول على معلومات عن عروض المترشحين و أخيرا تقوم جريمة المحاباة إذا قام المشتري العمومي بتعديل محل الصفقة للسماح لأحد المترشحين بالفوز بها.

ب/ المفاضلة عند إختيار أفضل عرض

إن الغرض من وضع المشرع لإجراءات خاصة بإبرام الصفقات العمومية التي تمثل مظهرا من مظاهر الإنفاق العام هو التمكن من القيام بهذا الإنفاق على أحسن وجه إبتعادا عن كل تبذير أو سوء إستعمال و كما جاء في المرسوم الرئاسي 236/10 فإن الصفقة ينبغي أن تكون من نصيب العارض الذي يقدم أفضل عرض و أوضحت المادة 35 من نفس الأمر أنه لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إى لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة. و هذا يفيد أن إختيار أحسن عرض يصدق على الصفقات المبرمة وفق إجراء المناقصة و لكن ينطبق أيضا في فحواه على كافة طرق الإبرام الأخرى أي حتى عند اللجوء إلى طرق الإبرام الأخرى بما فيهم التراضي، فإنه ينبغي إختيار المؤسسة القادرة على تنفيذ الصفقة.

و يتوصل المشتري العمومي إلى أفضل عرض أو أفضل مؤسسة من خلال تأكده من قدرات المتعامل المتعاقد التقنية و المالية و التجارية و قد سمح له القانون باللجوء إلى

كافة الوسائل القانونية للإستعلام عن قدرات المتعهدين و ذلك في مرحلة تقييم العروض التقنية و قد خصص القسم الخامس من الباب الثالث المتعلق بإجراءات إختيار المتعامل إلى تحديد المعايير التي يستند إليها المشتري العمومي في إنتقاء الفائز بالصفقة و قد أوجب المرسوم الرئاسي 236/10 في مادته 56 ذكر معايير إختيار المتعامل المتعاقد و وزن كل منها مذكورة في دفتر الشروط الخاص بالمناقصة. و قد ورد ذكر معايير تنقيط العرض في المادة 56 و جاء ذلك على سبيل المثال لا الحصر نذكر من ضمن هذه المعايير الضمانات التقنية و المالية و كذا السعر و النوعية و آجال التنفيذ.

و نظام التنقيط ليس خاصا بإجراء المناقصة و إنما بكل إجراءات الإبرام لا سيما في مجال المراجع المهنية و الوسائل البشرية و المادية التي تؤخذ بعين الإعتبار بالنظر إلى تلاؤمها و طبيعة كل مشروع و تعقيده و أهميته.

فإن كانت مقارنة العروض من حيث السعر تبدو سهلة بحيث يعتبر المترشح الذي تقدم بأخفض سعر هو صاحب أفضل عرض فإن المقارنة من حيث المعطيات التقنية لإنجاز المشروع و المؤهلات التقنية للمترشحين ليس بالأمر السهل بل قد يتصف بالذاتية أحيانا و بالتالي فإن المشتري العمومي تخوفا منه من إحتمال متابعته بجريمة المحاباة يلجؤ غالبا إلى إختيار أقل العروض سعرا و في هذا الإطار قد يتقدم أحد المترشحين بعرض منخفض بصفة غير عادية فكيف يتعامل المشتري العمومي مع هذا النوع من العروض.

ج/ العرض المنخفض بصفة غير طبيعية Offre anormalement basse

يعتبر هذا النوع من العروض خاص بالصفقات العمومية و يمكن تعريفه على أنه عرض مقدم من قبل المؤسسة لا يتناسب سعره مع القيمة الحقيقية للعمل المراد إنجازها¹، فيشك صاحب العمل في أنه منخفض بصفة غير طبيعية و لكن لن يتمكن من إثبات هذا الخلل إلا بعد أن يطلع على التبريرات التي تقدمها المؤسسة العارضة لشرح الطبيعة

¹ Catherine Prebissy-Schnall, La pénalisation du droit des marchés publics, op.cit, p.90

المنخفضة لهذا العرض. و قد نص المشرع في المادة 125 ف 10 على أنه إذا كان العرض المالي للمتعامل الإقتصادي المختار مؤقتا، يبدو منخفضا بشكل غير عادي، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن ترفضه بقرار معلل، بعد أن تطلب كتابيا، التوضيحات التي تراها ملائمة، و التحقق من التبريرات المقدمة ومن خلال هذا النص يمكن تصور قيام جريمة المحاباة وفق فرضيتين:

1/ اللجوء إلى إبعاد العرض المنخفض بصفة غير طبيعية دون إستفسار أو طلب توضيحات من المؤسسة العارضة مما يجعل هذا الإبعاد غير قانوني.

2/ منح الصفقة للمترشح الذي قدم العرض المنخفض بصفة غير طبيعية دون أي إستفسار.

فبالنسبة للفرضية الأولى فإنه لتفادي الوقوع تحت طائلة العقاب من أجل ارتكاب جريمة المحاباة يجب التساؤل حول هل يكفي أن يطلب المشتري العمومي من المؤسسة المقدمة للعرض شروحات مكتوبة لتبرير عرضها أم لا بد بالإضافة إلى ذلك دراسة العرض المشتبه في كونه منخفض بصفة غير طبيعية على ضوء التبريرات المقدمة؟

فمجلس المنافسة الفرنسي يعتبر أن هذه العروض مقبولة و تتماشى مع مبدأ حرية الأسعار و لا تعتبر عروضاً تعسفية PREDATRICES بإعتبار أنه لا وجود لأي معيار إقتصادي مناسب و مقبول قانونا يميز هذه العروض عن العروض التنافسية¹. و بالتالي فلا يمكن أن تقوم جريمة المحاباة على أساس عدم إبعاد العرض المنخفض بصفة غير طبيعية و إنما إذا أراد المشتري العمومي إبعاده فعليه أن يبحث عن أدلة عدم طبيعية هذا العرض و هذا هو منطق القانون الجنائي المبني على قرينة البراءة التي تستوجب إقامة الدليل على الإدانة.

¹ Cons.Conc, Avis n°96-A-68 du 2/7/1996, Revue des Marchés publics, n° 1/1997.

أما عن الحالة الثانية فهل يمكن لمترشح تم إبعاده أن يقدم شكوى ضد المشتري العمومي على أساس جريمة المحاباة في حالة منح هذا الأخير للصفقة إلى المترشح الذي قدم عرضاً منخفضاً بصفة غير طبيعية؟

إن كان لا يمكن تصور ذلك قبل إبرام الصفقة كون إجراءات فتح الأظرفة سرية و بالتالي ليس في إمكان أحد المترشحين أن يطلع على العروض المقدمة من قبل المترشحين الآخرين، فإنه يبقى أنه بعد إبرام الصفقة يطلع المترشح المبعد على السعر الذي قدمته المؤسسة التي فازت بالصفقة و في هذه الحالة يجدر التساؤل حول الإجراءات التي يمكنه إتخاذها ضد المشتري العمومي.

فإن كان قانون الصفقات العمومية لا يلزم المشتري العمومي بإبعاد العرض المنخفض بصفة غير طبيعية فعلى أي أساس يمكن منازعة منح الصفقة لصاحب هذا العرض أو بالأحرى هل يمكن المنازعة على أساس سوء التقدير؟

إن القول بإمكانية إبطال الصفقة على أساس سوء التقدير يتناقض مع السلطة التقديرية الواسعة التي يملكها المشتري العمومي في إختيار الفائز بالصفقة، بالنسبة للقاضي الإداري فإنه يكفي بالتحقق من أن المشتري العمومي لم يرتكب أخطاء أثناء إبرام الصفقة، أي إن تم إحترام إجراءات إبرام الصفقة فإنه لا يمكن للقاضي الإداري أن يبطل العلاقة القائمة بين المشتري العمومي و المؤسسة المختارة. و قد رأى البعض جواز ذلك على أساس أنه سبق لمجلس الدولة أن ألغى إختيار أحد المتعهدين على أساس الخطأ الصارخ في التقدير و ذلك على أساس أن لجنة المناقصات قد إرتكبت خطأ كبيراً في التقدير عندما أبعدت عرضاً مقدماً من قبل أحد المتنافسين على أساس أنه منخفض بصفة غير طبيعية و لكن دون أن تثبت أن المترشح لم يكن يحوز الكفاءات اللازمة و إستناداً على هذا القرار إعتبر أحد الدارسين للموضوع أنه بمفهوم المخالفة يمكن إبطال منح

الصفقة على أساس أنها أسندت لمترشح قدم عرضا منخفضا بصفة غير طبيعية. إلا أن هذا المنطق المبني على مفهوم المخالفة ليس هناك ما يدعمه من إجتهدات قضائية¹.

فإن كانت صعوبة إثبات المعاملات غير التنافسية تجعل القاضي الإداري عاجزا عن إبطال هذه الإختيارات المشبوهة فإن الأمر يختلف بالنسبة للقاضي الجنائي. فمنح صفقة لمؤسسة قدمت عرضا منخفضا بصفة غير طبيعية قد يؤدي إلى قيام جريمة المحاباة لأن إتخاذ مثل هذا اقرار من شأنه أن يؤدي إلى تفضيل مترشح عن غيره الذي قدم عرضا أكثر واقعية و لكن قد يؤدي أيضا بالمشتري العمومي إلى ارتكاب مخالفات أخرى لقانون الصفقات العمومية من شأنها أن تشكل جريمة المحاباة بصفة لاحقة و ذلك عن طريق إبرام عدة ملحقات و كذلك اللجوء التعسفي إلى التعامل الثانوي و ذلك لمواجهة عوارض إختيار مشروع إقتصادي غير قابل للنجاح بسبب النوعية الرديئة للأشغال أو أسعار إضافية لتغطية فوات الأجال.

فالقاضي الجنائي سيتحقق من أن السعر لا يتناسب و الواقع الإقتصادي و أنه ناتج عن تصرف غير نزيه، و بالتالي فهناك سعر منخفض بصفة غير طبيعية مشكلا لإمتياز غير مستحق، هذا و يبقى الإشكال مطروح حول الطريقة التي يستعملها القاضي الجنائي للتعرف على العرض المنخفض بصفة غير طبيعية.

الفرع الرابع: أعمال المفاضلة أثناء تنفيذ الصفقة

قد لا يظهر فعل المفاضلة في مرحلة إبرام الصفقة و لكن يكتشف في مرحلة تنفيذها بإتخاذ المشتري العمومي لبعض الإجراءات الغرض منها تغطية نواقص الصفقة الأصلية.

أ/ المفاضلة عن طريق إبرام صفقات التسوية

¹ Catherine Prebissy-Schnall, La pénalisation du droit des marchés publics, op.cit, p.93

تتمثل التسوية وفق قانون الصفقات العمومية في الصفقة التي يبرمها المشتري

العمومي بعد تنفيذ الخدمات و قد نص عليها المشرع في عدة حالات سبق ذكرها بصدد الخروج عن الإجراءات الأصلية في إبرام الصفقات العمومية عند توفر حالات الإستعجال. فلتضف صفة الشرعية على المعاملات التي تمت خارج القواعد الأصلية في إبرام الصفقات العمومية يلجؤ إلى صفقات التسوية.

فقد تضمنت المادة 5 في فقرتها الأخيرة أنه على المشتري العمومي أن يحرر صفقة تسوية خلال أجل ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ الشروع في التنفيذ و بالتالي فإن شرعية صفقة التسوية مستمدة من مدى توفر شروط الحالة المنصوص عليها في المادة الخامسة.

كما قد حدد المشرع في المادة السادسة الحدود التي يجوز فيها التعامل بغير إبرام الصفقات و قد ذكر حالة القيام بعدة طلبات لخدمات مماثلة لدى نفس المتعامل خلال السنة المالية الواحدة و كانت مبالغها تفوق المبالغ المذكورة في المادة 6، ففي هذه الحالة تبرم صفقة تدرج فيها الطلبات المنفذة سابقة سواء خلال نفس السنة أو صفقة تسوية خلال السنة الموالية.

و قد نصت المادة السابعة أيضا في فقرتها الأخيرة على أنه لا بد من إعداد صفقة تسوية خلال ثلاثة أشهر ابتداء من تليخ التوقيع على المقرر السالف الذكر إذا كانت العملية تفوق المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى من المادة السادسة المذكورة أعلاه.

فإن كان اللجوء إلى صفقات التسوية إجراء جائز فإن المشرع حدد حالاته و بالتالي فإن وجود صفقة تسوية في غير الحالات المرخص بها قانونا يدل على وجود مناورات سابقة سمحت بإنجاز طلب عمومي خارج قواعد إبرام الصفقات العمومية¹. و قد توصل القضاء الفرنسي إلى إثبات وجود صفقة تسوية غير شرعية من خلال إكتشاف فواتير

¹ P.Martini, « Marchés publics et deontologie », Flash achats publics, n° 30, février 1997, p.16-19.

تحمل تواريخ سابقة عن تاريخ إعلان الإستشارة و هي فواتير تخص الأعمال المذكورة في إعلان المناقصة الخيالي.¹

ب/ المحاباة عن طريق التعامل الثانوي

نصت المادة 107 من المرسوم الرئاسي 236/10 على أن التعامل الثانوي يشمل جزءا من موضوع الصفقة في إطار التزام تعاقدي يربط المتعامل الثانوي مباشرة بالمتعامل المتعاقد التابع للمصلحة المتعاقدة.

و لكن تحت غطاء التعامل الثانوي يسمح المشتري العمومي أحيانا لمؤسسة أبعدت من إجراءات المناقصة بتنفيذ جزء من الصفقة و ذلك بمقابل فيمكن أن يتعلق الأمر بمؤسسة محلية لم يكن في إمكانها الحصول على الصفقة و يكون بذلك هذا التعامل الثانوي عنصر من عناصر الركن المادي لجريمة المحاباة.

يمكن أيضا متابعة المؤسسة المانحة للتعامل الثانوي على أساس ارتكابها لجريمة المحاباة لأنها هي التي تختار المتعامل الفرعي ثم تعرضه لموافقة صاحب المشروع

إذا كانت جنحة المحاباة هي في نفس الوقت مخالفة جزائية و مخالفة لقانون الصفقات العمومية، فإن المخالفات المرتكبة إثناء تعامل ثانوي لا يمكنها أن تكون محل عقوبة أمام القاضي الإداري لأن العلاقات الموجودة بين صاحب الصفقة و المتعامل الثانوي هي علاقات خاضعة للقانون الخاص و ليس لقانون الصفقات العمومية.

ج/ المفاضلة عن طريق إبرام الملحقات

يعبر الملحق عن القرار التي تتخذه الإدارة مع المتعاقد من أجل تعديل الشروط الأصلية للعقد و إيجاد حل دقيق لأحد الإشكالات التي يطرحها تنفيذ الصفقة. و قد عرفته

¹ T.G.I. Lisieux, 25/11/1997, non publié cité dans Catherine Prebissy-Schnall, La pénalisation du droit des marchés publics, op.cit, p.113.

المادة 102 من المرسوم الرئاسي 236/10 على أنه وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة و أنه يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنون تعاقدية في الصفقة. و قد اشترطت نفس المادة لصحة الملحق أن لا يؤثر بصورة أساسية على توازن الصفقة. كما نصت المادة 104 على إخضاع الملحق للشروط الإقتصادية الأساسية للصفقة. فإن كان الملحق مرتبط بالضرورة بالصفقة الأصلية و مدمج بها فهو في ذات الوقت تصرف عقدي قد تكون له ذاتية بالنسبة للصفقة الأصلية و ذلك في حالة ما أخل باقتصاد الصفقة أو غير محلها. فإذا تضمن الملحق تغييرا لمحتوى الخدمة محل الصفقة و لسعرها، فإن الملحق يشكل عقدا جديدا يسمح للمشتري العمومي بأن يفيد المتعاقد بتعويضات إضافية غير واردة في المناقصة الأصلية. فينبغي في مثل هذه الحالة أن يكون الملحق محل إجراء إشهار و إعلان عام للمنافسة تحت طائلة الإلغاء¹. و قد قضى القضاء الفرنسي بأنه إذا كان الغرض من اللجوء لإبرام الملحقات هو منح المؤسسة المختارة إنجاز أشغال إضافية دون المرور بإجراءات المناقصة المطلوبة في حالة الملحق الذي يؤثر على اقتصاد الصفقة فإن جريمة المحاباة تقوم².

كذلك الشأن في حالة إبرام ملحق الغرض منه الرجوع للسعر الذي كان محدد في الصفقة الأصلية و الذي خفض لفائدة مؤسسة معينة، أي أن مؤسسة تعرض سعرا منخفضا بصفة غير طبيعية للفوز بالصفقة ثم بعد الفوز بالصفقة تبرم ملحقات بمساعدة المشتري العمومي و ذلك من أجل إعادة التوازن للصفقة و وضع أسعار أكثر واقعية أو لإضافة خدمات كانت قد أسقطت في الصفقة الأصلية علما أنه لا وجود لأي مبرر تقني لم يكن في الحسبان يبرر إبرام هذا الملحق.

و لكي يكيف القاضي الجنائي الملحق بأنه صفقة جديدة عليه أن يتحقق من أن الالتزامات أو الخدمات التي تضمنها تختلف عن تلك الواردة في الصفقة الأصلية³ و هل

¹ C.A Chamberry, 10/5/2000, Juris Data n°2000-118619

² C.A Colmar, 14/11/1997 non publié cité dans Catherine Prebissy-Schnall, La pénalisation du droit des marchés publics, op.cit, p.116 note n° 498.

³ CE 28/7/1995, RD pub. 1996, p. 569, concl. S.

كان في الإمكان توقعها حين إبرام الصفقة الأصلية¹، و لكن الإشكال يبقى مطروح حول المعيار المأخوذ به لتقرير متى يصبح اقتصاد الصفقة مختلا. و أمام غياب تعريف لمدلول اقتصاد الصفقة يجب الرجوع إلى الاجتهاد القضائي الإداري. فقد أعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن هذه المسألة تخص كل قضية على حدة و رفض فكرة حساب أو تقدير هذا الإخلال بصفة مجردة و كذلك الشأن بالنسبة لمعيار عدم القابلية للتوقع و أستند على التحقق من أن الملحق قد رفع بطريقة محسوسة مبلغ الصفقة الأصلية².

المبحث الثالث: الركن المعنوي لجنحة " المحاباة "

إن القانون الجنائي يولي أهمية أساسية للعلاقة الذهنية ما بين الركن المادي للجريمة و مرتكبه. فالجريمة لا تقوم بمجرد ارتكاب ركنها المادي بل ينبغي إثبات وجود موقف معنوي نفسي تجاه التصرف المادي و هو ما يسمى بالركن المعنوي للجريمة³. و الركن المعنوي يقوم إما على أساس الخطأ العمدي أو ما يعرف بالقصد الجنائي إما على أساس الخطأ غير العمدي . لكن بالإضافة إلى وجود جرائم عمدية تقوم على أساس القصد الجنائي و جرائم غير عمدية تقوم على أساس الخطأ غير العمدي هناك نوع ثالث من الجرائم يسمى الجرائم المادية المحضة التي لا تقوم على أساس الضرر و إنما على أساس الخطر و التي يعتبر الفقه أنه ليس فيها ركن معنوي. و التساؤل الذي يهمننا في هذه الدراسة هو معرفة طبيعة الركن المعنوي لجريمة إعطاء إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية لا سيما و أنها تقوم على أساس مخالفة الأحكام التشريعية و التنظيمية التي تنظم عموما عملية إبرام الصفقات العمومية. إذ أن مخالفة هذه القوانين قد تقع عمدا كما قد تقع خطأ نتيجة سوء فهم للنصوص السالفة الذكر لا سيما و أن هذه الأخيرة عديدة و متشعبة. و بالتالي تستوجب دراسة الركن المعنوي للجنحة التأكد في فقرة أولى من طابعها العمدي ثم كنتيجة لذلك و جب التعرض في فقرة ثانية لمسألة إبعاد الخطأ الإداري من دائرة التجريم و أخيرا دراسة كيفية إثبات العمد في هذه الجريمة.

¹ CE, 8/3/1996, Dr. Adm. 1996, n° 306.

² T.A Rennes, 9/6/1993, Rev. Marchés publ., janv-fevr. 1994, p.18.

³ F. Desportes et F. Le Gunehec, « Responsabilité pénale : élément moral de l'infraction », Juris- classeur pénal., Art. 121-3, 1995, p.4.

المطلب الأول: الطابع العمدي للجريمة

لقد ركزت المادة 26 من القانون 01/06 بعد تعديلها بموجب القانون 15/11 المؤرخ في 2 أوت 2011 على الطابع العمدي لجنحة إعطاء إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية من خلال إضافة كلمة " عمدا " مباشرة بعد كلمة " يمنح ". و لم يكن نص المادة 26 قبل تعديله يذكر صراحة كلمة " عمدا " بل كانت الجريمة تقوم على أساس إبرام الصفقة مخالفة للأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل في مجال إبرام الصفقات العمومية " بغرض إعطاء إمتيازات غير مبررة للغير ". فإن كان "منح الإمتيازات غير المبررة" يشكل وفق الصياغة الجديدة للمادة 26 السلوك الإجرامي، فإنه وفق الصياغة السابقة كان يشكل الغرض من السلوك الإجرامي، أي أن القانون كان ينص على قصد جنائي خاص و لم يعد يفعل ذلك¹. فالصياغة الحالية للمادة 26 إذن لا تشترط سوى توفر القصد العام الذي يقوم على عنصري العلم و الإرادة. و قد دار نقاش في فرنسا حول الطابع العمدي للجريمة من الضروري الإشارة إليه نظرا لأهميته بالنسبة لفهم و تكييف الجريمة من زاوية ركنها المعنوي .

الفرع الأول: تأكيد الطابع العمدي للجنحة

لقد ثار خلاف في فرنسا حول معرفة هل جريمة المحاباة هي جريمة عمدية أم أنها جريمة تقوم على إعتبرات مادية محضة بإعتبار أن قانون العقوبات الفرنسي لم يؤكد في المادة 432-14 على الطابع العمدي للجريمة، بل بنى الجريمة على مجرد منح مزية غير مستحقة دون حاجة لإثبات إذا ما كان المنح عمديا أم ناجما عن خطأ في الإجراءات. ذلك أن المشتري العمومي قد يرتكب خطأ في إجراءات إبرام الصفقات العمومية و يترتب عن ذلك الخطأ أن يستفيد أحد المترشحين للصفقة منه. ففي هذه الحالة لم يكن الموظف ينوي

¹ فلم تعد المادة 26 تستلزم قصدا خاصا كما هو الحال بالنسبة للجرائم التي لا يكتفى فيها بمجرد تعمد ارتكاب الفعل المادي بل يستلزم أن يكون ارتكاب هذا الفعل لغرض خاص أي أن الباعث فيها يدخل في تكوين القصد الجنائي و يؤثر في الجريمة وجودا و عدما و يسمى القصد في هذه الحالة بالقصد الخاص أو النية الخاصة و للدلالة على قصد إحداث الضرر في النوع الثاني يعبر القانون بعبارات " إضرار"، " مع سوء القصد"، " بقصد الإساءة"، "بقصد الغش"، " بغرض...".

مفاضلة هذا المترشح و لكنه مع ذلك يقع تحت طائلة العقاب بجريمة المحاباة، مما حدا بجانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن جريمة المحاباة ليست جريمة عمدية¹. و قد بررت الحكومة الفرنسية في عرضها لمشروع النص العقابي أمام مجلس الشيوخ، التشديد العائد إلى عدم اشتراط العمد بواجب الصرامة في مجال الصفقات العمومية لا سيما مع الإنفتاح الأوروبي، فتجوز المعاقبة على فعل المفاضلة دون اشتراط وجود سوء نية أو إتفاق بين المشتري العمومي و الفائز بالصفقة².

و هذا ما تؤكدُه أيضا الأعمال البرلمانية لقانون 3 جانفي 1996 المتضمن جريمة المحاباة بحيث أكدت على فكرة أن القصد الجنائي و تحقيق المصلحة الخاصة ليسا عناصر في جريمة المحاباة.

لكن من جهة أخرى فإنه بمجرد إعتبار فعل المحاباة جنحة يجعل منه فعلا عمديا ذلك أن قانون العقوبات الفرنسي ينص صراحة في المادة 121-3 منه على أنه لا وجود لجنحة دون قصد ارتكابها. أما الجنح غير العمدية فلا تكون إلا بنص صريح على حالة الإهمال أو عدم الحيطة و هذا ما لم ينص عليه القانون الفرنسي بالنسبة لجريمة المحاباة.

و من ثم فإن عدم ثبوت القصد الجنائي لدى الفاعل ينفي وجود جريمة المحاباة لتخلف الركن المعنوي و على هذا الأساس تم تأكيد الطابع العمدي للجريمة في فرنسا

و قد يكون هذا النقاش الذي دار في القانون الفرنسي من ضمن الأسباب التي دعت بالمشروع الجزائري إلى مراجعة نص المادة 26 من القانون 01/06 المجرم لفعل المحاباة بحيث أكدت الصياغة الجديدة للمادة على الطابع العمدي للجريمة و من ثم فإنه من الناحية القانونية لا مجال في القانون الجزائري للتساؤل عن الطابع العمدي للجرم.

¹ D. Deporcq, « Marchés publics : un nouveau délit » ; Gaz Cnes, 11/02/1991, p.96 ; M. Barbari, « Délit de favoritisme : trop de flou pour les praticiens », Mon. TP. 25, non. 1994, p. 53 ; G. Pancrazi, « Les difficultés d'application du délit d'avantage injustifié dans les marchés et les conventions de délégation de service public : l'article 432-14 du nouveau code pénal », Gaz. Pal, 14/03/1995, I, doct. P. 279.

² JO Sénat, séance du 4/10/ 1990.

و إن كان ينتج عن الطابع العمدي للجريمة أن ركنها المعنوي يتمثل في القصد الجنائي الذي يقوم على عنصر العلم و الإرادة، فإن الجدير بالدراسة في هذا المجال هو البحث عن العناصر التي ينصب عليها العلم بالنظر إلى المجال الواسع و المعقد للركن المادي و كذلك باعتبار أن النص التجريمي يحيل على نصوص قانونية غير جنائية و غير محددة، و بالتالي سنتعرض في الفقرة التالية إلى ما تطرحه مسألة العلم بالنصوص القانونية و التنظيمية المنظمة للصفقات العمومية من صعوبات.

الفرع الثاني: ضرورة العلم بالنصوص القانونية و التنظيمية المنظمة للصفقات العمومية

إن كانت القاعدة أنه لكي يتوافر العلم الذي يقوم عليه القصد الجنائي، إلى جانب الإرادة، يتعين أن يحيط الجاني علما بجميع العناصر القانونية المكونة للجريمة كما حددها نص التجريم، أي أنه إذا انتفى العلم بأحد هذه العناصر بسبب الجهل أو الغلط إنتفى القصد الجنائي أيضا. فعلم الجاني في جريمة المحاباة ينصب بصفة رئيسية على أنه يمنح مزية غير مستحقة للغير مخالفة للأحكام التشريعية و التنظيمية المنظمة لإبرام الصفقات العمومية. فالعلم ينصب على عنصرين متلازمين الوعي بمنح المزية غير المستحقة و الوعي بمخالفة النصوص السالفة الذكر. و قد سبق و أشرنا في دراستنا للركن الشرعي للجريمة أن هذه النصوص القانونية جزء من نص التجريم و بالتالي وجب التساؤل عن مدى ضرورة إثبات العلم بها.

إن التسليم بمنطق الرأي الذي يعتبر أن للجريمة ركنا شرعيا يستوجب القول بضرورة علم المجرم بهذا الركن حتي يتوافر القصد الجنائي لديه، و هذا يعني ضرورة إنصراف علم الجاني إلى أن السلوك الذي يرتكبه غير مشروع جنائيا أي أنه يعتبر جريمة في قانون العقوبات. فيتمثل بذلك الركن المعنوي لجريمة المحاباة في علم الموظف أن القانون يعاقب على منح مزية غير مبررة للغير مخالفة للأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات و إقدامه على الفعل، و هذا هو القصد العام الذي يكفي لتوفره أن يعتمد الفاعل إرتكاب الفعل المكون

للجريمة عالما بأن القانون يحرمه و هو القدر اللازم في أغلب الجرائم العمدية حيث يكتفي القانون فيها بمجرد ارتكاب الفعل المادي المكون لها عن إرادة، و للدلالة عن هذا القصد الجنائي العام يعبر المشرع بقوله إن الفعل أو الإمتناع يجب حصوله "عمدا" أو "عن علم"، و هذا ما فعله المشرع في نص المادة 26 المعدلة.

و لكن من المسلم به أيضا إفتراض العلم بقانون العقوبات إستنادا إلى مبدأ " عدم جواز الإعتذار بجهل القانون" و بالتالي فإن علم الموظف بأحكام المادة 26 من القانون 01/06 هو علم مفترض لا ضرورة لإثباته. و دون الخوض في النقاش الفقهي الدائر حول التعارض الموجود بين إعتبار أن للجريمة ركنا شرعيا يستوجب ضرورة علم المجرم به حتي يتوافر القصد الجنائي لديه من جهة و إفتراض العلم بقانون العقوبات إستنادا إلى مبدأ " عدم جواز الإعتذار بجهل القانون" من جهة أخرى، فإن التساؤل يطرح حول مدى إلزامية علم الموظف بأنه يقوم بفعل مخالف للأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات و مدى علمه بأن هذه المخالفة قد ترتب عنها منح مزية غير مبررة للغير. و للإجابة عن هذا السؤال و جب التذكير أولا بأن موضوع العلم ينحصر في العناصر التي تتكون منها الجريمة قانونا. و يقتضي تحديد هذه العناصر الرجوع إلى النموذج القانوني لكل جريمة على حدة. و التأكد من علم الجاني بها. و قد تكون هذه العناصر قانونية كما قد تكون مادية. و من المتصور أن ينصب الجهل أو الغلط على العناصر القانونية أو على الوقائع المادية. و يختلف أثر الجهل أو الغلط على قيام القصد الجنائي بحسب ما إذا كان متعلقا بالقواعد القانونية أم كان منصبا على الوقائع المادية. فإن كان الجهل منصبا على وقائع مادية فإن القصد الجنائي ينتفي أما إن كان الجهل أو الغلط منصبا على قواعد قانونية ينظر إلى القاعدة القانونية موضوع الجهل أو الغلط، فإن كانت قاعدة جنائية فقد سبق و أن ذكرنا أن العلم بها مفترض و بالتالي لا يعتد بالجهل بها لنفي القصد الجنائي. أما إن كانت القاعدة غير جنائية فالأمر يختلف. إذ بالفعل قد يتطلب المشرع بالنسبة لبعض الجرائم العلم بقواعد القوانين الأخرى غير قانون العقوبات لكي تقوم الجريمة. فإذا جهل الجاني في

مثل الحالات السابقة قواعد القوانين الأخرى أو وقع في غلط فيها، فإن جزء كبير من الفقه يرى إنتفاء القصد الجنائي في هذه الحالة¹. و قد نصت بعض القوانين صراحة على أنه إذا قام الغلط أو الجهل حول التكيف غير الجزائي للواقعة إنتفى القصد و امتنع العقاب².

و على هذا الأساس وجب إثبات علم الموظف العمومي بالنصوص القانونية و التنظيمية المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية، و إلا انتفى الركن المعنوي لجريمة المحاباة. و ما دام أن هذا العلم غير مفترض و واجب الإثبات نتعرض فيما يلي لما تطرحه مسألة إثبات هذا العلم من صعوبة.

الفرع الثالث: صعوبة إثبات العلم بالنصوص القانونية و التنظيمية المنظمة

للصفات العمومية

إن عملية إبرام الصفقات العمومية هي عملية معقدة و خاضعة لنصوص قانونية عديدة و هو الأمر الذي يجعل إحتمال عدم الإلمام بها و بالتالي مخالفتها أمراً مرجح الوقوع و ذلك بعيداً عن أية رغبة في منح مزية غير مبررة للغير، أي أن مخالفة هذه النصوص قد تقع عن علم كما قد تقع نتيجة سهو أو سوء تطبيق للقانون، و يترتب عن ذلك أن القصد الجنائي بالنسبة لجنحة إعطاء إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية يكتسي أحد التصورين: أولهما يعتبر أن القصد يكمن في الإرادة الصريحة لمخالفة النصوص القانونية و التنظيمية و ثانيهما يعتبر أن القصد يستنتج من مجرد المخالفة التي لم يكن الفاعل أن يجهلها مما يستنتج أنه قام بالفعل عن علم دون حاجة لإثبات الإرادة الصريحة.

¹ فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص بالجرائم المضرة بالمصلحة العامة، المرجع السابق، ص 44 ، سمير عالية، أصول قانون العقوبات القسم العام، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 235 و ما يليها
² و على هذا نصت م 2/223 ق ع لبناني: " يعد مانعاً للعقاب...الجهل أو الغلط الواقع على شريعة مدنية أو إدارية يتوقف عليها فرض العقوبة"

فوفق التصور الأول الإرادة الصريحة لا تثبت إلا إذا ثبت وجود تواطؤ بين المتدخلين في الصفقة العمومية ، أو إذا ثبت أن المشتري العمومي أراد تفادي أعباء الإجراءات و الرقابة دون أية رغبة في مفاضلة مؤسسة، و في كلتا الحالتين فإن المتهمين يعرفون جيدا النصوص القانونية إلى درجة أنهم يستغلون ثغراتها إما لمفاضلة مؤسسة معينة أو لتفادي أعباء الإجراءات و الرقابة. لكن من خلال ربط المشرع لمخالفة النصوص المنظمة للصفقات العمومية بمنح المزية غير المستحقة، ينبغي إبعاد المخالفات التي يكون الغرض منها تفادي الإجراءات المعقدة من دائرة التجريم و لا يبق إلا المخالفات التي يكون الغرض منها مفاضلة أحد المترشحين لأن هذا هو التصور الذي يتماشى و الغرض من تجريم " المحاباة " باعتبارها من جرائم الفساد و الذي يدخل في إطار البعد الأخلاقي لمكافحة الفساد. فعلى النيابة العامة إذن أن تثبت وجود العلم بأن المخالفة ارتكبت بغرض منح مزية غير مستحقة للغير. و في هذا الإطار نشير إلى أنه كان من الأنسب أن يبقى المشرع " منح مزية غير مستحقة " كغرض لمخالفة النصوص التشريعية و التنظيمية للصفقات العمومية و لا يجعل منه هو السلوك الإجرامي بذاته، لأن السلوك الإجرامي في حد ذاته يقوم على مخالفة النصوص السالفة الذكر و لا وجود لمنح مزية غير مستحقة بغير مخالفة هذه النصوص، فمنح المزية غير المستحقة مفترض لمجرد وجود مخالفة للنصوص السالفة الذكر، و بالتالي فإن الإطار الأنسب لذكر "منح مزية غير مستحقة" هو الركن المعنوي و ليس الركن المادي كما فعله المشرع في تعديله للمادة 26.

و مهما يكن من أمر فكيف سيتوصل القاضي الجنائي إلى معرفة إذا كان الشخص المتابع قد ارتكب مجرد خطأ أو أنه خالف النصوص عمدا للتوصل إلى مفاضلة أحد المترشحين.

لا شك أن القاضي سيرجع من أجل التثبت من مدى علم الموظف بمخالفته للنصوص إلى البحث عن صفة الفاعل و الوظائف التي يمارسها¹ و المصالح القانونية

¹ Cass.crim, 7/03/2000, pourvoi n°99-84117

التي تعمل معه و مستوى مسؤوليته في قرار منح الصفقة¹، فمثلا ممارسة وظائف نيابية منذ زمن طويل و بالتالي توفر خبرة طويلة لدى الموظف في مجال إبرام الصفقات العمومية يترتب عنه إستبعاد المخالفة الناشئة عن الخطأ و بالتالي يتوفر القصد الجنائي.

و قد بنيت مختلف الإجتهادات القضائية الفرنسية في هذا المجال على أساس كامل العلم بمخالفة القواعد أو على إستحالة جهلها بالنظر إلى الوظائف التي تقلدها الفاعل. فيقوم القاضي الجنائي بفحص وضع المتهم المتدخل في إبرام الصفقة للقول ما إذا كان واعيا عند مخالفته للنصوص القانونية المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية و بالتالي تقرير إذا ما كانت ثمة مخالفة بغرض مفاضلة أحد المترشحين، و في هذا الإطار قد أدانت محكمة فرنسية أحد المتهمين بجريمة المحاباة على أساس أنه خريج المدرسة الوطنية للإدارة و أنه بذلك قد إستفاد من أحسن تكوين في القانون العام و في قانون الصفقات العمومية رغم إدعائه عكس ذلك²، و كذلك الشأن بالنسبة لمتهم بالمحاباة على أساس تجزئة الطلبات لتقادي الإعلان عن صفقة رحلات مدرسية الذي إدعى جهله بضرورة الإعلان عن صفقة في مثل هذه الحالة، فأجاب المجلس أن سوء نيته ثابتة من خلال مدة مختلف عهده كرئيس لجنة المناقصات و بالتالي خلص المجلس إلى ثبوت الركن المعنوي لجريمة المحاباة³. و قد قضت محكمة فرنسية أيضا أنه لا يمكن للمتهم أن يجهل بحكم مؤهلاته و مسؤولياته و خبرته الطويلة أن سوء إنجاز عملية تقدير حاجة الإدارة الذي أدى إلى إبرام ملحقات على الصفقة العمومية يعتبر مخالفة للنصوص القانونية التي تضمن المساواة بين المترشحين و حرية الوصول للطلب العمومي و إحترام حرية المنافسة⁴. هذا و لا يعني ربط توفر القصد الجنائي بمدى تخصص الموظف العمومي و خبرته في مجال إبرام الصفقات العمومية أنه يمكن لشخص حديث العهد

¹ T.G.I Draguignan, 22/12/1997, non publié ; C.A Colmar, 11/09/1997, non publié ; Revue des Marchés publics. N° 5/1997, p.18-28.

² Tribunal correctionnel de Strasbourg, 31/5/1995, cité par R. AMIEL, Favoritisme dans les marchés publics : bilan jurisprudentiel cinq ans après la création de cette incrimination, op.cit.p.31 et spécialement p.32.

³ Cass.Crim., 8/3/2006, n° 05-85.276, F-C : Juris-Data n° 2006-033139

⁴ C.A Nancy, ch.corr., 19 janvier 2006. – Cass. Crim., 27 septembre 2006, n° 06-80.300 cité dans : Florian LINDITCH, Un an de droit pénal des marchés publics, Droit pénal n° 10, Octobre 2007, chron. 4.

بالوظيفة النيابة أن يتذرع بجهله للنصوص ليفلت من عقوبة جريمة المحاباة في حالة مخالفة النصوص القانونية نتيجة لخطأ أو عدم حيطة.

فعند كون أطراف الصفقة من المتخصصين فإنه يفترض فيهم معرفة النصوص و يكاد القصد الجنائي في هذه الحالة يكون مفترضا لولا أن المشرع إشتراط إثبات العمد في منح المزية غير المستحقة. لكن كيف يتم التثبت من وجود العلم و الإرادة بمنح المزية غير المستحقة علما أن جريمة المحاباة جاءت كون جريمة الرشوة تقوم على أساس إتفاق غير ظاهر بين الراشي و المرتشي مما يصعب معه إقامة الدليل على وجودها. فالمشرع أقام جريمة المحاباة على أساس مجرد مخالفة النصوص القانونية و التنظيمية للصفقات العمومية دون حاجة لإثبات جني الموظف العمومي لأية مصلحة أو فائدة خاصة و هذا ما يميز جريمة المحاباة أساسا عن جريمة الرشوة. لكن في نفس الوقت بإشتراطه العمد في منح المزية غير المستحقة يخلق مشكلة كيفية إثبات هذا العمد. فما هي العناصر التي سيستدل بها القاضي للتثبت من وجود إرادة مفاضلة أحد المترشحين و ليس مجرد مخالفة للنصوص بغير رغبة في المفاضلة. فإن لم يكن الحل هو إثبات وجود إتفاق بين الموظف العمومي و الفائز بالصفقة أو حصول الموظف العمومي على فائدة فإنه لن يبق إلا مسايرة ما ذهب إليه القضاء الفرنسي من إفتراض سوء النية لدى الموظف العمومي بمجرد إثبات علمه بمخالفة النصوص المنظمة للصفقات العمومية¹. أي أن العلم بمنح المزية غير المستحقة مفترض لمجرد وجود المخالفة الواعية و الإرادية للنصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية. و في نفس الإتجاه إعتبرت بعض الإجتهاادات القضائية الفرنسية أن غياب سوء النية لدى الموظف العمومي لا ينفي القصد الجنائي، أما عن حسن النية فإن القضاء الفرنسي لا يعتد به لنفي جريمة المحاباة. فالقصد الجنائي غير مرتبط بالنسبة لهذه الجريمة بتحقيق مصلحة خاصة بل متوفر كلما وجدت مخالفة للنصوص حتى و إن كان الفاعل لا يجني أية مصلحة شخصية علما أنه في هذه الحالة الأخيرة قد يستفيد من ظروف التخفيف لا غير. و قد تم القضاء بقيام الجريمة حتى و إن كان الغرض من

¹ B.- A. Pireyre, « Marchés publics, Rubrique favoritisme », Rep. Dalloz. Dr. Pén.

مخالفة النصوص هو تبسيط الإجراءات¹ و حتى و إن لم يظهر من ملف القضية أن المتهم قد إستعمل طرق إحتيالية أو قد تصرف بغرض تحقيق فائدة مادية شخصية². و هذا الموقف يؤدي إلى تجريم كل المخالفات الإرادية للنصوص المنظمة للصفقات العمومية حتى وإن لم يكن في الواقع الغرض منها هو المفاضلة. و يستخلص من ذلك أن المقترضات العملية لإثبات جريمة المحاباة ستنناقض لا محال مع حرفية النص التجريمي التي تقتضي إثبات العمد في منح المزية غير المستحقة و ليس مجرد إثبات العمد في مخالفة النصوص المنظمة لإبرام الصفقات العمومية.

و بعدما تعرضنا لما تطرحه المخالفة العمدية للنصوص القانونية و التنظيمية للصفقات العمومية من إشكال في الإثبات، جدير بنا أن نتعرض أيضا إلى مسألة المخالفة غير العمدية للنصوص المنظمة لإبرام الصفقات العمومية المحاباة و التي يترتب عنها إستفادة أحد المترشحين من مزية غير مستحقة و بعبارة أخرى نتعرض للمحاباة الناتجة عن خطأ ارتكبه الموظف العمومي في إجراءات إبرام الصفقة.

المطلب الثاني: أثر خطأ الموظف على الركن المعنوي لجريمة المحاباة

لقد سبقت الإشارة إلى أن القصد الجنائي في جريمة المحاباة يستنتج من مجرد ثبوت مخالفة الأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات، و هذه المخالفة بدورها يفترض فيها العمد بالنظر إلى خبرة الموظف العمومي في مجال إبرام الصفقات العمومية، و بالتالي لا يقوم القصد الجنائي في جريمة المحاباة على أسس قاطعة الدلالة على توفره، بل يثبت على مجرد إفتراضات، و من ثمة تجدر دراسة الملول غير العمدي للإفتراضات التي يقوم عليها إثبات الركن المعنوي لهذه الجريمة، ذلك أن مخالفة النصوص التنظيمية و التشريعية المشار إليها قد تكون نتيجة خطأ، فيظهر بذلك منح المزية غير المبررة كفعل غير عمدي ناتج عن خطأ في التسيير شأنه في ذلك شأن جرائم التسيير، و بالتالي نتعرض في فرع

¹ C.A Orléans, 3 mars 1998, non publié, في، مذكور، Catherine Prebissy shnall, La pénalisation du droit des marchés publics, op.cit.

² C.A Grenoble, 27 aout 1997, n°97.43079, réf. MIEM S/21/14

أول إلى إحتمال إعتبار جريمة المحاباة جريمة تسيير ثم نوضح في فرع ثاني موقف
المشرع من هذا الوصف المحتمل.

الفرع الأول: المحاباة كجريمة تسيير ناتجة عن إهمال

إن ثبوت أو إفتراض تعمد الموظف العمومي مخالفة النصوص القانونية المنظمة
لإبرام الصفقات العمومية لمنح مزية غير مستحقة لأحد المترشحين يجعل جريمة
"المحاباة" من الجرائم التي تمس بالقيم الأخلاقية المرتبطة بتسيير المرفق العام و الأموال
العامة مثل النزاهة و الحياد، أما إن كانت المخالفة ناتجة عن سهو أو سوء تطبيق للنص
و لا تنطوي على مدلول التحيز فإن السلوك يخرج من دائرة جرائم الفساد إلى دائرة
الخطأ أو إلى دائرة جرائم التسيير التي تقوم على أساس مخالفة النصوص التي لم يكن
للفاعل أن يجهلها دون حاجة لإثبات القصد الجنائي فيها. و تتفق جريمة المحاباة مع
جرائم التسيير في أن كليهما يقوم على أساس الخطأ في التسيير الناتج عن إتخاذ إجراءات
أو القيام بتصرفات مخالفة للنصوص القانونية المنظمة لها فكلتا الجريمتين تدخل في
إطار تجريم الخطأ الإداري أو ما يسمى بجرائم التسيير. فإبرام الصفقات العمومية يعد
وسيلة من وسائل القيام بعملية الشراء العمومي و هي عملية تسيير يقوم بها الموظف
العمومي تلبية لحاجيات الموفق العام. و تسيير الأموال العمومية مهمة خطيرة بالنسبة
للقائم عليها نظرا لأنه يتصرف في أموال ضخمة بغرض تحقيق النفع العام بعيدا عن أية
مصلحة خاصة، فالمسؤولية الواقعة على عاتقه كبيرة و من أجل ذلك أولى المشرع رقابة
صارمة على مختلف عمليات النفقات العمومية كتلك التي تقوم بها المفتشية العامة للمالية،
لكن شدد أيضا في الحماية الجنائية للمال العام فحرص على معاقبة كل من يختلس أو يبدد
أو يستعمل الأموال العمومية لأغراض شخصية و هذا هو أساسا الغرض من جرائم
الفساد، لكن ما يلفت إنتباهنا في هذا الفرع هو تجريم المشرع لسوء إستعمال الأموال
العمومية نتيجة إهمال من الموظف العمومي. إذ بالفعل فإن المشرع بموجب المادة 119
مكرر¹ من قانون العقوبات يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات كل موظف

¹ أدرجت المادة 119 مكرر في قانون العقوبات بموجب القانون 09/01 المؤرخ في 26 يونيو 2001.

عمومي تسبب بلائمه الواضح في سرقة أو إختلاس أو تلف أو ضياع أموال عمومية أو خاصة أو أشياء تقوم مقامها أو وثائق أو سندات أو عقود أو أموال منقولة وضعت تحت يده سواء بحكم وظيفته أو بسببها. فالمشرع يعاقب من خلال هذه المادة كل تضييع للأموال العمومية عن طريق الإهمال الواضح للموظف العمومي، و بذلك قد أنشأ جريمة تسيير قائمة على أساس الخطأ غير العمدي في صورة الإهمال المراد به عدم الإلتزام بالحيطه و الحذر الواجبين¹. و قد أسالت جرائم التسيير الكثير من الحبر بسبب ما ترتب عن تفعيلها من متابعات جزائية للكثير من إطارات الدولة الذي إرتكبوا أخطاء تسيير نتج عنها سوء إستعمال للأموال العمومية، فصارت هذه المادة تهدد كل المسيرين العموميين بإعتبار أن خطأ التسيير هو من الأخطاء المحتملة أثناء القيام بعملية التسيير لا سيما في القطاعات التي تحكمها نصوص قانونية و تنظيمية عديدة و معقدة و ترتب عن ذلك خلق جو من التخوف لدى المسيرين العموميين من القيام بأعمالهم المعرضة للخطأ، و في هذا الإطار تناولت الصحف قضية نفاذ مخزون مصانع النسيج و الجلود بسبب عدم إقدام أعضاء اللجان المكلفة بدراسة الصفقات و رفضهم للصفقات المعرضة خشية المتابعة الجزائية، فترتب عن ذلك أن 24 مصنع ينشط في قطاع النسيج من مجموع 27 مصنع لم يشتغل خلال سنة 2012 سوى بمعدل يتراوح ما بين 20 و 25 بالمائة من طاقتها الإنتاجية الإجمالية نتيجة نفاذ مخزونها من المواد الأولية².

فمثل هذا الخطر حذا بالمسيرين أنفسهم و كذا بالحقوقيين الذين إطلعوا أو دافعوا على أشخاص توبعوا على أساس جرائم التسيير للمطالبة بإلغاء جرائم التسيير بإعتبارها عائقا أمام التسيير الحسن للأموال العمومية. و لعل هذه المطالبة وجدت لها صدى في خطاب رئيس الجمهورية الملقى في شهر فيفري 2011 الذي أورد فيه أنه سيوفر الإطار المناسب لتأدية الموظفين العموميين لمهامهم بكل أمان دون تخوف، فإستنتج من هذا الخطاب وجود رغبة سياسية في إباحة جرائم التسيير المعاقب عليها بموجب المادة 119 مكرر من قانون العقوبات، فصدرت الصحف بعناوين " إباحة أعمال التسيير " و رحب

¹ مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات القسم العام، الجريمة، دار الفكر العربي، الطبعة الثامنة، 1976، ص. 294.
² س.ي، " قانون الصفقات يتسبب في نفاذ مخزون مصانع النسيج و الجلود"، جريدة الخبر، 6 أوت 2012، ص. 8.

الحقوقيون بهذا الإجراء. لكن بصدور القانون 14/11 المؤرخ في 2011/8/2 المعدل لقانون العقوبات و لا سيما للمادة 119 السالفة الذكر إتضح أن المشرع أبقى على جرائم سوء التسيير مع الإحالة في نص المادة 119 مكرر على قانون الوقاية من الفساد من أجل تحديد الموظف العمومي المخاطب بهذه المادة. و مع الإبقاء على هذا التجريم يبقى فعل منح المزية غير المبررة في مجال الصفقات العمومية يعتبر أيضا جريمة تسيير إذا ما ثبت أن مخالفة الأحكام التشريعية و التنظيمية قد وقعت نتيجة إهمال من موظف العمومي و لولا تعديل المشرع لنص المادة 26 و تأكيده على الطابع العمدي لجريمة المحاباة لأصبحت جريمة المحاباة توصف تارة بجريمة فساد و تارة أخرى بجريمة تسيير قائمة على أساس الخطأ غير العمدي و هذا ما سنوضحه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: الفصل بين المحاباة و جرائم التسيير

لقد عدل المشرع المادة 26 من القانون 01/06 بموجب القانون 15/11 المؤرخ في 2 أوت 2011 و الصادر في نفس الجريدة الرسمية التي إحتوت القانون 14/11 المعدل للمادة 119 مكرر من قانون العقوبات، و قد أكد المشرع في تعديله للمادة 26 على الطابع العمدي لجريمة المحاباة، و هو بذلك أبعد من دائرة جريمة المحاباة كل المخالفات غير العمدية للأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية و من ذلك المخالفات الناتجة عن خطأ في تطبيق النصوص، و لعل المشرع أوجد من خلال التأكيد على الطابع العمدي لجريمة المحاباة حلا جزئيا لما يطرحه تجريم أعمال التسيير في مجال إبرام الصفقات العمومية من خطر على الموظف العمومي. فعقوبة المحاباة المتمثلة في الحبس من سنتين إلى عشر سنوات و الغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج لن تنطبق على منح الإمتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية إلا إذا ثبت العمد في مخالفة النصوص أما المخالفة الناتجة عن الخطأ فإنها تجعل الفعل جريمة غير عمدية تخضع لسلطان المادة 119 مكرر من قانون العقوبات¹. فإذا لم تتمكن

¹ لا يعتبر القضاء الفرنسي أن الخطأ في تطبيق النصوص القانونية و التنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية من الأخطاء التي تمنع قيام المسؤولية الجنائية من أجل جريمة المحاباة، و هذا رغم أن القانون الفرنسي أصبح منذ سنة 1995 يعترف بالخطأ في القانون كمانع من موانع المسؤولية

النيابة من إثبات المخالفة العمدية للنصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية لإثبات وجود جريمة محاباة فإنها لا تحتاج لإثبات ذلك للمتابعة على أساس المادة 119 مكرر من أجل جريمة سوء التسيير.

يترتب عما سبق أنه يمكن رسم حدود جريمة المحاباة بالنظر إلى الحد الفاصل بين النصوص التي لم يكن للفاعل أن يجهلها من جهة و بين المخالفة الإرادية أو المفترضة بالنظر إلى صفة الموظف و خبرته. فإن ثبت أن الموظف قد ارتكب خطأ تسيير مقبول بالنظر إلى عدم خبرته أو لوجود أي تبرير آخر لهذا الخطأ فإنه لا مجال للحديث عن جريمة المحاباة لكن يبقى أن الموظف قد ارتكب خطأ إداريا أو أنه ارتكب جريمة تسيير. فالمعيار بالنسبة للقاضي الجنائي هو معيار واقعي أي أنه ينظر إلى ذاتية المتهم ليخلص إلى إفتراض علمه و تعمده لمخالفة النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية و بالتالي فهو معيار غير قطعي يقوم على إفتراض العمد، لا سيما و أن المشرع لم يشترط لقيام الجريمة جني الجاني لمصلحة خاصة. أما الخطأ الإداري فهو يقوم على أسس موضوعية و نظامية و يقدر بعيدا عن شخصية الموظف الذي ارتكبه.

فالقاضي الجنائي هو من سيقدر إذا كان السلوك يشكل مجرد خطأ إداري خاضع للقانون الإداري أم أن هناك مخالفة عمدية للنصوص المنظمة للصفقات العمومية. لكن و كما سبق و أشرنا له في الفقرة السابقة فإن دوافع مرتكب الفعل لا تؤخذ بعين الإعتبار، مما سيؤدي إلى إضفاء الطابع الجنائي على أفعال غير ناجمة عن شخص عديم الإستقامة و النزاهة. فعلميا تظهر الجريمة كجريمة شكلية، جريمة إجرائية دون أن تكون جريمة مادية، مما يؤدي إلى إحتمال معاقبة النزيه الرعن أكثر من معاقبة سئ النية الماهر و هذا يعبر عن وجود اتجاه نحو تجريم الخطأ الإداري. ذلك أن القاضي الجنائي ملزم

الجنائية و تشترط المادة 122(3) من قانون العقوبات الفرنسي لإعتباره كذلك أن يكون الخطأ لم يكن في الإمكان تفاديه وأن يكون الشخص الذي ارتكبه مقتنعا بأنه يتصرف بكل مشروعية، و كما سلف ذكره فإن القضاء الفرنسي لا يعتبر أن هذه الشروط تتوفر في الخطأ في تطبيق النصوص القانونية و التنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية.

بتطبيق النص العقابي الواضح دون التوسع في تفسيره. فإن قلنا بالسماح للقاضي الجنائي بالبحث عن الغاية من النص و عن الإعتناء على المصلحة المحمية في تفسيره، فلا شك بأنه سيدين متى ثبت أن المخالفة للنصوص كانت بغرض منح المزية غير المبررة و سيبرئ من جريمة المحاباة متى كانت المخالفة ناتجة عن سوء تطبيق للنص دون أية رغبة في مفاضلة الغير. فإن محاباة الغير بصفة غير عمدية لا علاقة له بمحاباة ناتجة عن سوء إختيار إجراء أو خطأ أو عدم حيطة¹. فإنه ينبغي أن لا يكون الإهمال أو الغلط في تطبيق النصوص محل عقوبة جنائية حتى و إن كان هذا الغلط أو الإهمال قد تسببا في إبعاد غير مبرر لمؤسسة كانت مترشحة للفوز بالصفقة. هذا و لكن منح هذه السلطة في التفسير للقاضي الجنائي سيجعله يستعمل سلطته التقديرية للحكم على الموظف بأنه نزيه مخطئ أو سيء نية ماهر و هذا ما لا يتماشى و النتائج المترتبة عن مبدأ الشرعية فيما يخص إلتزام القاضي بالتفسير الصارم للنص و عدم إمكانية تأويله حسب الحالات.

و بسبب ذلك و رغم إعتبار جريمة المحاباة من جرائم الفساد و من الجرائم الماسة بواجب النزاهة إلا أن عدم إشتراط الإرادة الآثمة و عدم إشتراط مخالفة واجب النزاهة يجعل منها جريمة مادية². فسلطات المتابعة غير ملزمة بإثبات الإرادة الآثمة لمرتكب الفعل فيفترض قيام الركن المعنوي لمجرد ارتكاب الركن المادي. و هذا ما يعززه أيضا ما ذهب إليه المشرع من عدم إشتراط حصول الموظف على أية فائدة من الفعل المرتكب³.

¹ M. Guibal, « commentaire de la loi n° 91-3 du 3/1/1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence », AJDA, 20/4/1991, p. 296-300.

² يتمثل الخطأ بالنسبة لها في مجرد ثبوت مخالفة النصوص القانونية و التنظيمية المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية التي لا تحتاج لإفترض نية مخالفة النص العقابي و لا حتى إهماله.

³ يعتبر عدم إشتراط إثبات وجود مقابل لمنح المزية الغير مستحقة أهم ما يميز جريمة المحاباة عن باقي جرائم الفساد الأخرى.

في الأخير نشير إلى أن إضعاف القصد الجنائي كركن من أركان الجريمة إن كان يشكل مؤشرا أو مظهرا من مظاهر رغبة المشرع في الصرامة فإنه في ذات الوقت سبب عدم استقرار قانوني *insécurité juridique* بالنسبة للمتدخلين في الشراء العمومي بالنظر إلى كثرة و صعوبة النصوص المتعلقة بالصفقات العمومية التي تشكل مخالفتها الركن المادي للجريمة.

الختام

لقد اسفرت دراسة جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية على وجود إتفاق بينها و بين كل جرائم الفساد الأخرى من جهة و وجود مميزات موضوعية فيما يخص جريمة إعطاء إمتيازات غير مبررة في مجال الصفقات العمومية، .

فمن حيث المصلحة المحمية من خلال تجريم الفساد في الصفقات العمومية، تتفق هذه الجرائم مع سائر جرائم الفساد الأخرى في بعض المصالح و تنفرد بمصلحة واحدة. فهي تظهر بالدرجة الأولى كجريمة الغرض منها الحرص على تهذيب الحياة العمومية، فهي جرائم ترمي إلى الحفاظ على نزاهة و هيبة و حياد الوظيفة العمومية مثلها في ذلك مثل كل صور الرشوة في القطاع العام و إستغلال النفوذ و الغدر و غيرهم من الجرائم السالف ذكرها، فكلها جرائم ضد الوظيفة العمومية لا يمكن لغير الموظف العام إرتكابها، بل لا تعدو أن تكون صورة خاصة من صور هذه الجرائم. ذلك أن الصفقات العمومية عقود عمومية لا تبرمها الأشخاص الخاصة بل هذه الأخيرة تترشح للفوز بها و لإبرامها مع الشخص العام، و بعبارة أخرى لا يمكن الحديث عن صفقة عمومية مبرمة بين شخصين تابعين للقطاع الخاص، كما هو الشأن بالنسبة للرشوة في القطاع الخاص. يترتب على حماية الوظيفة العمومية من التحيز و خدمة المصالح الخاصة تحقيق المصلحة العامة، فالغرض من وجود العقود العامة هو إنشاء و تسيير المرفق العام و تأدية الخدمة العامة و ليس تحقيق المصالح الخاص و توفير الربح للمؤسسات الخاصة.

و تعتبر جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية أيضا من الجرائم ضد المال العام بإعتبار ثمنها يدفع من الخزينة العمومية، شأنها في ذلك شأن جرائم إختلاس الأموال العمومية ، فقد يستولي الموظف العمومي لنفسه أو لفائدة غيره على محل الصفقة العمومية، فيحول الخدمات أو الإنجازات أو التجهيزات لمصلحته الخاصة.

لكن تتفرد جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية بأنها ترمي إلى حماية قواعد الشراء العمومي المنصوص عليها في المادة 9 من القانون 01/06 و التي أصبحت تقوم على أساس المنافسة. فأوجبته المادة 9 السالفة الذكر أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية و المنافسة الشريفة و النزاهة و على معايير موضوعية و هذا أيضا ما حثت عليه المادة 9 من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، التي أكدت على ضرورة إنشاء نظم إبرام مناقصات تقوم على الشفافية و ذكرت بالخصوص ضرورة توزيع المعلومات المتعلقة بإجراءات و عقود الإشتراء، بما في ذلك المعلومات المتعلقة بالدعوات إلى المشاركة في المناقصات و المعلومات ذات الصلة أو الوثيقة الصلة بإرساء العقود، توزيعا عاما مما يتيح لمقدمي العروض المحتملين وقتا كافيا لإعداد عروضهم و تقديمها. و بالإضافة إلى أفراد جرائم الفساد بحماية المنافسة فإن دراسة هذه المصلحة في جرائم الفساد أظهر أنها تتضمن بعدين تميزها عن المنافسة في الميادين الأخرى. فبعدها الأول يتمثل في تحقيق المصلحة العامة من خلال إتباع إجراءات إبرام الصفقات تضمن إختيار أنسب المتعاملين بقصد إشباع حاجيات المرفق العام و ثانيا تكريس أحد مبادئ الإقتصاد الحر المجسد في حرية المتعامل الإقتصادي في الوصول للطلبات العمومية.

و الملفت للنظر رغم أن ذلك لم يكن محل إهتمام خاص في هذه الرسالة لتركيزها على الصفقات الوطنية، فإن المشرع قد تعدى الإطار الوطني لحماية المنافسة في الصفقات العمومية، فنص على تجريم الرشوة التي يأخذها الموظف العمومي الأجنبي بمناسبة إبرام صفقات ذات علاقة بالتجارة الدولية و يشكل ذلك منعرجا مهما في تاريخ القانون الجنائي لاسيما فيما يخص عملية تدويله ذلك أنه بخلاف عمليات التدويل المتعارف عليها بالنسبة للعديد من الجرائم و التي تتم عن طريق التنسيق ما بين مختلف القوانين الجنائية الوطنية و كذلك عن طريق تقرير التعاون الدولي في متابعة و معاقبة الجريمة الدولية أي بعبارة أخرى حل المشاكل التي يطرحها مبدأ الإقليمية فإن عملية التدويل المستنتجة من المادة 28 من القانون 01/06 تختلف عن آليات التدويل المذكورة أعلاه.

ذلك أنه من زاوية وضع القاعدة أو تقنية التقعيد (technique normative) فإن كان العنصر الخارجي هو الاقليم فإن المشكل يحل عن طريق الاتفاق حول قواعد الاختصاص، لكن بالنسبة للحالة التي بين ايدينا فإن القانون الجنائي الوطني يتكفل بمصالح أجنبية عنه، سواءا كانت مصالح دولة أجنبية أو مصالح منظمة دولية، أي أن عنصر الخارجية (extranéité) ليس هو الاقليم و إنما المصلحة القانونية المحمية، و هو عنصر منصوص عليه في متن النص التجريمي. فلم يعد الأمر مجرد تنسيق قواعد تطبيق القانون الجنائي من حيث المكان و إنما يخص ادراج العنصر الأجنبي في القاعدة التجريبية ذاتها. فالمشرع الوطني قد أصدر نصوصاً جنائياً لا يحمي أية مصلحة قانونية وطنية و إنما يتكفل بمصلحة خارجية أجنبية و ذلك رغم ربطه للجريمة بمجال التجارة الدولية و كأن التجارة الدولية أصبحت مصلحة مشتركة بين كل الدول مثلها مثل حقوق الانسان. كما أن مصلحة التجارة الدولية ليست مصلحة مستقرة المدلول فقد تعبر عن حرية المنافسة وفق قواعد السوق كما قد تمارس ضمن احترام المبادئ الديمقراطية على المستوى الدولي.

أما من حيث نصوص تجريم الفساد في مجال الصفقات العمومية فبحكم تواجدها كلها في القانون 01/06 فإن ما يقال بشأنه ينطبق عليها. فبحكم أن المصدر المباشر لهذا القانون هو إتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد فإن هذا يفيد عدم انفراد المشرع الوطني بوضع القاعدة الجنائية من خلال تدويل اطار صنعها. فقد أدرك المشرع أن انغلاقه و انزاله عن العالم اثناء صياغة القاعدة القانونية الجنائية لا يتماشى مع معطيات "النظام" العالمي الجديد و لاسيما معطيات الجرم الحديث الذي أصبح يتلاعب بالاطار التقليدي لارتكاب الجرائم المتمثل في تركيزها على الاقليم، لان ما يميز العولمة الحالية هو التكنولوجيات التي تجعل من نقل البضائع و رؤوس الاموال و المعلومات تتم في لحظة واحدة « quasi-instantanée » مما يعزز التبعية المتبادلة و يضعف الدول و انظمتها القانونية. فالعولمة الاقتصادية تفتح حدود السوق لمعاملات و ممارسات تجارية و لكن ايضا اجرامية ذات طبيعة عابرة للحدود و هذا ما يحول دون امكانية مكافحة و معاقبة جرائم ذات طبيعة دولية بموجب نصوص تصاغ في اطار وطني محظ و تتجاهل

المعطيات الجديدة للجريمة التي تتمثل في تحول الاقليم الى شبكات و المجرمين الهوات الى مقاولين في الجريمة. و لذلك فان الجزائر مثلها مثل جل دول العالم اصبحت تتبنى و تصادق على آليات دولية/اتفاقيات كاتفاقية الأمم المتحدة ضد الفساد لأجل تجاوز الحواجز التي يسفر عنها الاختلاف الموجود بين الأنظمة الجنائية الوطنية و بهذا الشكل يوضع مستوى التجريم و العقاب على مستوى الجريمة ذات الطابع الدولي فيحل التناقض الذي جعل من الحدود الاقليمية من جهة عائقا أمام عقاب المجرمين و من جهة أخرى وسيلة في خدمة المجرمين الدوليين. ثم بادرت في مهلة قصيرة الى اصدار القانون الذي يدمج احكام هذه الاتفاقية ضمن النصوص الداخلية و هو القانون 01/06 المذكور سالفاً. و هذه من الخطوات المهمة التي اتخذها النظام القانوني الوطني في نقل القاعدة الجنائية من يد المشرع الوطني الى يد مشرع دولي و منه ايجاد استثناء آخر على مبدأ الاختصاص الانفرادي للمشرع الوطني في وضع القاعدة القانونية الجنائية. و ان كان هذا الخروج عن أحد المبادئ التي كانت تعتبر مطلقة في زمن ما، يبرر بضرورة مواجهة الجريمة ذات الطابع الدولي بنصوص على مستواها فانه يخشى أن تفرض الدول القوية لاسيما الولايات المتحدة الامريكية قانونها الخاص على كافة دول العالم تحت غطاء تدويل مكافحة الفساد .

أما من حيث ماديات جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية فقد أثبتت هذه الدراسة أن هذه الجرائم نادرا ما تقع منفردة عن بعضها، فمن خلال الأجهادات القضائية الوطنية و الأجنبية المشار إليها في متن هذه الرسالة يظهر أنه هذه الجرائم تظهر دائما في صورة تعدد حقيقي، بحيث أن جنحة إعطاء إمتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية تخفي عادة وجود جريمة رشوة أو إستغلال نفوذ أو جريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية، لأنه من الصعب تصور تفضيل الموظف العمومي لأحد المترشحين دون أن تكون له مصلحة خاصة في ذلك، فإن تمكن المتهم من الإفلات من إحداها أدين بالأخرى. و في هذا الإطار تظهر جريمة إعطاء الإمتيازات غير المبررة الأكثر سهولة للإثبات كونها

تقوم على مجرد إثبات مخالفة النصوص القانون و التنظيمية المتعلقة بحماية قواعد الشراء العمومي في التعامل بالصفقات العمومية .

أما من حيث الأحكام العقابية فقد تميزت جريمة الرشوة في مجال الصفقات العمومية المنصوص عليها في المادة 27 من القانون 01/06 بعقوبة مشددة عن سائر الجرائم السالفة الذكر، بحيث خصها المشرع بعقوبة قدرها الحبس لمدة تتراوح ما بين 10 و 20 سنة و الغرامة ما بين 1.000.000 دج و 2.000.000 دج، علما أن قانون العقوبات في المادة 128 مكرر الملغاة كان يعتبر هذه الجريمة جنائية و يعاقب عليها بالسجن ما بين 5 و 20 سنة و الغرامة ما بين 100.000 دج و 5.000.000 دج. فقد عدل القانون 01/06 تصنيف هذه الجريمة من جنائية إلى جنحة لكن مع تشديد مدة الحد الأدنى للعقوبة السالبة للحرية برفعه إلى 10 سنوات بدلا من خمسة، و كذلك رفع الحد الأدنى للغرامة إلى 1.000.000 دج بدلا من 100.000 دج لكن مع تخفيض الحد الأقصى للغرامة 5.000.000 دج إلى 2.000.000 دج.

و بمقارنة تجنيح المشرع لجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية مع مقدار العقوبات المطبقة عليها، نلاحظ خروج المشرع عن المقدار الأصلي للعقوبات كما هو منصوص عليه في المادة 5 من قانون العقوبات التي تحدد مدة الحبس بالنسبة للجنح ما بين شهرين و 5 سنوات بينما المدة التي تتراوح ما بين 5 و 20 سنة فهي مدة عقوبة السجن الخاصة بالجنايات، مما يطرح التساؤل حول عدم تصنيف المشرع لهذه الجرائم ضمن الجنايات. و لعل الإجابة تجد إطارها في مجال دراسة مبررات التجنيح القانوني، التي نذكر منها حرص المشرع على تبسيط إجراءات المتابعة و المحاكمة بالنسبة لهذه الجرائم و هو الأمر المتوفر في الجنح أكثر منه في الجنايات.

أما من الناحية الإجرائية فلم يفرد المشرع جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية بهيئات أو إجراءات خاصة كما فعل المشرع الفرنسي بل أسند مهمة البحث و التحري فيها لديوان مكافحة و قمع الفساد، كما لم يميزها بإجراءات خاصة في مرحلتي

التحقيق القضائي و المحاكمة. و بالتالي لم تراعى صعوبة و تقنية هذه المادة بالمقارنة مع مجالات الفساد الأخرى و كذلك لم تراعى خطورتها بالنظر لتكلفتها. كما أن المشرع لم ينص عليها ضمن الجرائم التي لا تتقادم بإستثناء حالة وصفها بالرشوة أو بإختلاس الأموال العمومية. و هذا يعبر عن موقف متناقض للمشرع بحيث شدد من حيث توسعه في أركان جريمة إعطاء إمتيازات غير مبررة في الصفقات العمومية لكن في نفس الوقت تركها تخضع لقواعد التقادم العادية.

أما بالنسبة لجريمة "المحاباة" فقد أسفرت دراستها على أنها تتميز حقيقة بخصوصية عن باقي جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، بل قد تؤدي في بعض العناصر إلى إعتبار أن المشرع قد تجاوز مبدأ ضرورة التجريم بالنسبة لهذا الفعل. فتأسيس الجريمة على مجرد مخالفة النصوص القانونية و التنظيمية المتعلقة بحرية الترشح و المساواة بين المترشحين و شفافية الإجراءات أثناء إبرام الصفقة" أو " التأشير عليها، يبعد هذه الجريمة في البعض من فرضياتها عن الجرائم الماسة بنزاهة و حياد الوظيفة العمومية. فمجرد إثبات وجود مخالفة للنصوص يكفي لقيام الجريمة دون حاجة لإثبات وجود تواطؤ بين الموظف و المؤسسة الفائزة بالصفقة بل دون إثبات إلحاق ضرر بمصلحة الوظيفة العامة أو المال العام لأن المؤسسة التي فازت بالصفقة العمومية على إثر مخالفة لإحدى النصوص القانونية قد تكون هي أجدر المؤسسات لتنفيذ الصفقة. و بالتالي تظهر جريمة المحاباة في هذه الفرضية كجريمة وقائية وقائية *infracation de prevention* أو جريمة خطر شأنها في ذلك شأن جريمة حمل السلاح بدون رخصة مثلا. فلا وجود لفساد في هذه الحالة، لأن الموظف يكون قد تصرف سواءا بدافع تحقيق المصلحة العامة من خلال تفضيل المؤسسة الأجدر و ليس بدافع تحقيق أية مصلحة خاصة، سواء على إثر خطأ في تطبيق النصوص القانونية و التنظيمية المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية علما أن هذه النصوص كثيرة و متعددة و بالتالي تجعل الخطأ في فهمها خطأ محتمل. و تشدد المشرع مع هذا الخطأ و إعتباره فعلا عمديا سيؤدي إلى إعاقة التعامل بالصفقات العمومية. فالموظف خشية منه من الوقوع تحت طائلة جريمة

المحاباة سيفضل الإعلان عن صفقة غير مجدية بدلا من إختيار أحد المترشحين و ذلك لأدنى سبب.

فنص تجريم المحاباة نص معيب بالنظر إلى النوعية المتوخاة من النصوص التجريبية، فمن حيث خاصية تحديد و وضوح النص الجنائي لم يوفق المشرع في تحديد عناصر جريمة المحاباة تحديدا دقيقا يحقق الإستقرار و الأمن القانوني. فإحالة نص التجريم على نصوص قانونية و تنظيمية متعددة و متفرقة و دائمة التطور يجعل منه عرضة لأخطاء في التطبيق.

كما أن القول بأن هذه الجريمة جاءت لتخفف من حدة صعوبة إثبات الرشوة لتجعل الجريمة قائمة لمجرد إثبات مخالفة النصوص يؤدي إلى إضعاف الركن المعنوي للجريمة، فإن كان المشرع قد أكد على الطابع العمدي لها لا سيما في تعديله الأخير للنص، فإنه من الناحية التطبيقية سيصعب إثبات العمد في جريمة المحاباة إذا لم يثبت ثمة وجود تواطؤ بين الموظف و المؤسسة الفائزة من جهة أو وجود إستفادة الموظف من مزية من جهة أخرى. و بالتالي تطرح نفس الصعوبة في الإثبات التي تطرح بالنسبة للرشوة أو إستغلال النفوذ. فالركن المعنوي تبعا لذلك يصبح ركنا مفترضا قائما على مجرد إثبات الركن المادي و هذا مخالفا لمبدأ الشرعية لأن قيام الجريمة يتطلب إثبات وجود الركن المادي من جهة و الركن المعنوي من جهة أخرى. و هذه الإشكالية الأخيرة هي ذاتها إشكالية سائر جرائم التسيير التي يطالب المسيرون بإخراجها من دائرة التجريم و إخضاعها لرقابة القاضي الإداري أو القاضي التجاري تبعا للقطاع المعني. و لعل هناك حل وسط بين إباحتها و التشديد في تجريمها و هو جعل المحاباة في حالة ثبوت التواطؤ بين الموظف و المؤسسة الفائزة كصورة مشددة للرشوة أو للإستغلال النفوذ أما في حالة وجود إستفادة الموظف شخصا من منح الصفقة لإحدى المؤسسات فجعلها صورة مشددة لجريمة أخذ فوائد بصفة غير قانونية. أما بالنسبة لصورة المحاباة القائمة على مجرد مخالفة النصوص دون وجود ما يثبت التواطؤ أو الإستفادة المشار إليهما فيمكن للمشرع أن يجعلها صورة غير عمدية للجريمة، فتقوم في هذه الحالة الأخيرة الجريمة على أساس الخطأ في صورته

المعروفة و يدرجها في قانون العقوبات بعيدا عن قانون مكافحة الفساد لأنها لا تتطابق مع مدلول الفساد.

و في الأخير نخلص إلى أن التجريم وحده للفساد في الصفقات العمومية ليس حلا مجديا لمكافحتها، فالحل يبقى حلا وقائيا نابعا أولا من تنمية أخلاقيات الوظيفة العمومية و حسن إختيار الموظف القائم بمهمة الشراء العمومي ليكون المعيار في ذلك النزاهة و حسن التكوين، دون إهمال تحسين وضع الموظف المادي لكي لا يقع في الإغراء. أما من حيث المنظومة التشريعية المتعلقة بالصفقات العمومية، فينبغي أن تصاغ بشكل يوفر ميكانيزمات رقابة فعالة في عملية إبرام الصفقات العمومية تبعد المؤسسات التي تتخذ من الفساد وسيلة لنيل الصفقة. كما يستوجب أن تتوج إستراتيجية مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية بأجهزة أمنية و قضائية قوية و نزيهة لأن أخطر صور الفساد تعشش في الدول التي نسيطر فيها الجماعات الإجرامية على الجهاز الأمني و القضائي. لكن رغم ما سبق ذكره فإن الصعوبات التي تطرحها جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية من جهة و الآثار الوخيمة المترتبة من جهة أخرى جديرة بالمطالبة بإيجاد قانون جنائي للصفقات العمومية تنصدره جرائم الفساد في هذا الميدان لأنه بدون وضع أسس و قواعد مفصلة و واضحة لهذه الجرائم فإنه لا شك في أن هذا سيؤدي إلى إفلات المجرمين أو الإفراط في إدانة الموظفين المشرفين على عمليات إبرام الصفقات العمومية و هذا يبعد القانون الجنائي عن هيئته و مكانته في المجتمع و حتى عن سبب وجوده.

أهم النصوص القانونية المستعملة في الرسالة (وفق التسلسل الزمني لصدورها)

1/ مرسوم رئاسي رقم 128/04 مؤرخ في 29 صفر عام 1425 الموافق 19 أبريل سنة 2004، يتضمن التصديق، بتحفظ، على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر سنة 2003 (مرفق بنص الإتفاقية) (ج.ر.26).

2/ القانون 01/06 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته (ج. ر 14).

3/ المرسوم الرئاسي 137/06 المؤرخ في 10 أبريل 2006 المتضمن التصديق على إتفاقية الإتحاد الإفريقي لمنع الفساد و مكافحته، المعتمدة بمابوتو في 11 جويلية سنة 2003 (ج.ر.24).

4/ الأمر 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية (ج.ر.46).

5/ المرسوم التنفيذي 348/06 المؤرخ في 5 أكتوبر 2006 المتضمن تمديد الإختصاص المحلي لبعض المحاكم و وكلاء الجمهورية و قضاة التحقيق (ج.ر.63)

6/ المرسوم الرئاسي رقم 413/06 المؤرخ في 1 ذي القعدة عام 1427 الموافق ل 22 نوفمبر سنة 2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته و تنظيمها و كيفية سيرها (ج.ر.74).

7/ المرسوم الرئاسي رقم 415/06 المؤرخ في 1 ذي القعدة عام 1427 الموافق ل 22 نوفمبر سنة 2006، يحدد كفيات التصريح بالممتلكات بالنسبة للموظفين العموميين

غير المنصوص عليهم في المادة 6 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته (ج.ر. 74).

8/ الأمر 01/07 المؤرخ في 2007/3/1 المتعلق بحالات التنافي و الإلتزامات الخاصة ببعض المناصب و الوظائف (ج.ر 16)

9/ القانون 12/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008 المعدل و المتمم للأمر 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة (ج.ر 36).

10/ الأمر 05/10 المؤرخ في 16 رمضان عام 1431 الموافق ل 26 غشت سنة 2010، يتم القانون 01/06 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته (ج.ر. 50).

11/ مرسوم رئاسي رقم 426/11 المؤرخ في 13 محرم عام 1433 الموافق 8 ديسمبر 2011، يحدد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد و تنظيمه و كفاءات سيره (ج.ر.68).

12/ القانون رقم 15/11 المؤرخ في 2 رمضان عام 1432 الموافق ل 2 غشت سنة 2011، يعدل و يتم القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته (ج.ر. 44).

13/ المرسوم الرئاسي رقم 64/12 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1433 الموافق ل 7 فبراير سنة 2012، يعدل و يتم المرسوم الرئاسي رقم 413/06 المؤرخ في 1 ذي القعدة عام 1427 الموافق ل 22 نوفمبر سنة 2006، يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد و مكافحته و تنظيمها و كفاءات سيرها. (ج.ر. 08).

14/ المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق ل 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

قائمة المراجع

1/ المراجع باللغة العربية:

أ/ المراجع العامة

1/ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، منقحة و متممة في ضوء قانون 20 فبراير 2006 المتعلق بالفساد، 2006.

2/ أحمد صبحي العطار، جرائم الإعتداء على المصلحة العامة، دراسة في القسم الخاص من قانون العقوبات المصري، رسالة دكتوراه، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1993.

3/ أحمد عبد اللطيف، جرائم الأموال العامة، دراسة تحليلية تأصيلية تطبيقية، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

4/ أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الرابعة، دار الشروق، القاهرة، 2006.

5/ أحمد لعور، أ. نبيل صقر، العقوبات في القوانين الخاصة، الموسوعة القضائية الجزائرية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.

6/ أنور العمروسي، أمجد العمروسي، الشرح و التعليق على جرائم الأموال العامة، دار العدالة، القاهرة، 1996

7/ جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، مكتبة بيت المدينة، مصر، طبعة منقحة، 1999.

8/ جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط.2008.

9/ سليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، الجرائم الماسة بالمصلحة العامة، الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1993.

10/ سمير عالية، أصول قانون العقوبات القسم العام، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، 1996.

11/ عبد الفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967.

12/ عبد الله اوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار هومة، 2008.

13/ عبد الله حداد ، المرافق العمومية الكبرى : دراسة نظرية و تطبيقية ، الطبعة الأولى، دار توبقال للنشر ، المغرب، 2002 .

14/ علي راشد، الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 1957.

15/ عصام عفيفي عبد البصير، القاعدة الجنائية على بياض، دراسة مقارنة في القانون الوضعي و الفقه الجنائي الإسلامي، دار الفكر الجامعي، 2004.

16/ عوض محمد عوض، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، مذكرات لطلبة حقوق الإسكندرية، 1965.

17/ فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، أوليات القانون الجنائي، النظرية العامة للجريمة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001

- 18/ فتوح عبد الله الشاذلي، قانون العقوبات الخاص بالجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.
- 19/ مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات القسم العام، الجريمة، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثامنة، 1976
- 20/ محمد إبراهيم، شرح نظام العاملين المدنيين بالدولة، دار المعارف، الإسكندرية، طبعة 1966.
- 21/ محمد عوض ، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 22/ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، 1984.
- 23/ محمود شريف بسيوني، الجريمة المنظمة عبر الوطنية، ماهيتها و وسائل مكافحتها دوليا و عربيا، دار الشروق، القاهرة، 2004.
- 24/ محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة التاسعة، مكتبة القاهرة الحديثة. القاهرة. 1974.
- 25/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- 26/ مصطفى عبد المقصود سليم، معيار العقد الإداري و أثره على إختصاص مجلس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1955.
- 27/ مليكة محمد هنان، مسؤولية الموظف العام في الفقه الجنائي الإسلامي و القانون - دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، 2006.

28/ نوفل علي عبد الله صفو الدليمي, الحماية الجزائية للمال العام, دراسة مقارنة, دار هومة, الطبعة الثانية, 2006.

29/ ياسر كمال الدين, جرائم الرشوة و إستغلال النفوذ, منشأة المعارف بالإسكندرية, 2008.

30/ أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري, المصباح المنير معجم عربي عربي, القاهرة: دار الحديث, 2004.

31/ المنجد في اللغة و الأعلام, الطبعة الأربعون, طبعة جديدة منقحة و مزيد عليها, دار المشرق, بيروت, 2003,

ب/ المراجع المتخصصة

1/ رياض لوز , دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية, مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون فرع :الدولة و المؤسسات العمومية, كلية الحقوق, جامعة الجزائر, 2007/2006.

2/ سليمان عبد المنعم, ظاهرة الفساد, دراسة في مدى مواءمة التشريعات العربية لأحكام إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد, بحث منشور على شبكة الأنترنت, موقع الأمم المتحدة, <http://www.undp-pogar.org/arabic>.

3/ محمد أحمد غانم, المحاور القانونية و الشرعية للرشوة عبر الوطنية, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, 2008 .

4/ محمود محمد معايرة، الفساد الإداري و علاجه في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقانون الإداري، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، 2011.

5/ محمد المدني بوساق، التعريف بالفساد و صورته من الوجهة الشرعية، دار الخلدونية، الجزائر، 2004.

6/ محمد الأمين البشري، الفساد و الجريمة المنظمة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2007.

7/ ميريام أكرور، السعر في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق ببن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2008/2007.

8/ موسى بودهان، النظام القانوني لمكافحة الفساد في الجزائر، منشورات ANEP، الجزائر. 2009.

9/ عبد الغني بن زمام، تمويل الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق فرع : قانون الأعمال، كلية الحقوق ببن عكنون-جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2007 - 2008.

10/ فرقان فاطمة الزهرة، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون فرع الدولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق ببن عكنون، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، السنة الجامعية 2006/2007.

ج/ المقالات

1/ أحمد الأصفر، " الضوابط الأخلاقية و الفساد الإداري في المؤسسات العامة "،
المجلة العربية للدراسات الأمنية و التدريب، الرياض: أكاديمية نايف العربية للعلوم
الأمنية، المجلد 16، العدد 32، أكتوبر 2001.

2/ حمزة خضري، الوقاية من الفساد و مكافحته في إطار الصفقات العمومية،
دفا تر السياسة و القانون، جوان 2012، العدد 7، ص. 173 - 188.

3/ زياد عربية بن علي، الآثار الإقتصادية و الإجتماعية للفساد في الدول النامية،
مجلة الأمن و القانون، سنة 2002، عدد 1، ص 266-297.

4/ عباس زواوي، سلمى مانع، الرقابة الإدارية للصفقات العمومية كصورة لمكافحة
الفساد الإداري، ملتقى وطني حول الفساد و آليات معالجته ، منعقد ببسكرة، أبريل 2012 ،
ص 216-226.

5/ عبد الحميد كرود ، الآليات الدولية لمواجهة الفساد، ملتقى وطني حول الفساد
و آليات معالجته، منعقد ببسكرة، أبريل 2012 ، ص.70

6/ عطا الله خليل، " مدخل مقترح لمكافحة الفساد في العالم العربي (تجربة
الأردن) "، بحث ضمن مجموعة بحوث و أوراق عمل: "مكافحة الفساد في الوطن
العربي"، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية.

7/ ماجد عبد الله المنيف، التحليل الإقتصادي للفساد و أثره على الإستثمار و النمو،
مجلة بحوث إقتصادية عربية، الجمعية العربية للبحوث الإقتصادية، القاهرة، 1998، العدد
.12

8/ محمد الشريف كتو، حماية المنافسة في الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية،
سنة 2010 العدد 2 ن ص 84.

9/ محمد ليمام، الفساد السياسي في الجزائر، الأسباب الآثار و الإصلاح، مجلة
المستقبل العربي، عدد سبتمبر 2011، ص 58.

10/ محمود صادق سليمان، " الفساد: الواقع و الدوافع و الإنعكاسات السلبية"،
مجلة الفكر الشرطي، الشارقة: مركز بحوث شرطة الشارقة، المجلد 14، جويلية 2005،
العدد 54

11/ ضريفي نادية، مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية، يوم دراسي
بعنوان "قراءة في قانون مكافحة الفساد: القانون 01/06، جامعة بسكرة، ص. 42

12/ ضريفي نادية، قانون الصفقات العمومية في الجزائر، تدخل في املتقى دولي
حول واقع التشريعات المنظمة للسوق في الدول العربية، يومي 21 و 22 أفريل 2008،
ص.6.

13/ نواف سالم كنعان، " الفساد الإداري و المالي، آثاره و وسائل مكافحته"،
مجلة الشريعة و القانون، جامعة الإمارات، جانفي 2008، العدد 33

2/ المراجع باللغة الفرنسية

أ/ المؤلفات

1/ BALMELLI Tiziano, La restitution des avoirs acquis par la corruption : de l'obligation morale à l'obligation juridique », in

Tiziano Balmelli et Bernard Jaggi, Les traités internationaux contre la corruption, Editions interuniversitaires suisses-Edis, 2004.

2/ CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, PUF, sixième édition, Paris, 1996.

3/ DE LAUBADERE André, Traité élémentaire de droit administratif, L.G.D.J, Paris, 1957, 2^{ème} édition.

4/ DELMAS-MARTY Mireille, Les grands systèmes de politique criminelle, PUF, Paris, 1992.

5/ DEVEDJIAN Patrick , Le temps des juges, Flammarion, 1996, chap. VII, La corruption des hommes politiques.

6/ DOMMEL Daniel, Face à la corruption, Peut-on l'accepter ? Peut-on la prévenir ? Peut-on la combattre ?, EDIK

7/ DREYFUS Simone , NICOLAS-VULLIERME Laurence, La thèse de doctorat et le mémoire, Etude méthodologique, Editions Cujas, 3^{ème} édition revue et mise à jour, 2000.

8/ FRISON-ROCHE M.-A, Les enjeux de la pénalisation de la vie économique, Dalloz, 1997

9/ GUIGUI Julien, La loi pénale et les titulaires des fonctions publiques, Thèse pour le doctorat en droit, université de Cergy-Pontoise, 2009

10/HELIE Faustin et BROUCHOT Jean., Pratique criminelle des cours et tribunaux, t. II, Droit pénal : éd. Techniques, 5^{ème} édition., n° 213

11/ HMIDANE Abdellatif « Droit de marché public au Maroc, quelle adaptation à la réalité des collectivités locales ? », Thèse d'Etat , Université Med ben Abdellah, Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, Fès, année 2004, p 317

12/ HOPE Henri , Le piratage des marchés publics par le crime organisé, D'une pratique locale à un phénomène mondial, Mémoire pour le Diplôme d'Université 3^{ème} cycle, Analyse des Menaces Criminelles Contemporaines, Université Paris II Pantheon-Assas, Juin 2005.

13/KHOUDRY Driss, « Gouvernance, finance publique et management intégré », édition maghrébine, 2000

14/ LAJOYE Christophe., Droit des marchés publics, berti éditions, Alger, 2007

15/ LERROY Jacques, Droit pénal général, L.G.D.J, 2^{ème} édition ,2007

16/ Mahiou´ Ahmed, Cours d'institutions Administratives, 3^{ème} édition,Office des Publications Universitaires, année 1981.

17/ MERLE Roger et VITU André, Traité de droit criminel, Droit pénal spécial, Cujas 1982, t. 1, n° 383)

18/ PHILIP Loic, Finance publique, 2^{ème} édition

19/ PIAZZON Thomas, La sécurité juridique, THESE Editions DEFRENOIS et Editions Alpha, Beyrouth, 2010.

20/ PLANTEY Alain, Traité pratique de la fonction publique, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Tome 1, 2^{ème} édition, 1963.

21/ PREBISSY-SCHNALL Catherine, La pénalisation du droit des marchés publics, L.G.D.J, 2002.

22/ ROBERT Denis, La justice ou le chaos, Paris, Stock, 1996, p. 269

23/ VOUIN Robert, Précis de droit pénal spécial : Dalloz 1953, n° 41.

1/ AMIEL R, Favoritisme dans les marchés publics : bilan jurisprudentiel cinq ans après la création de cette incrimination, R.C.C, mars-avril 1997, p.31.

2/ AUBY J-B, « Le mouvement de pénalisation de l'action publique », Dr. Adm., janv. 1997.

3/ BENNADJI Cherif, Marchés publics et corruption, Revue NAQD, Automne/ Hiver 2008, p.137.

4/ BELKACEM Houria , Les Institutions Supérieures de contrôle de Finances Publiques et les systèmes de contrôle interne, Cour des comptes, Février 2001, p 03.

5/ BERBARI Mireille, « Délit de favoritisme : trop de flou pour les praticiens », Mon. TP. 25, non. 1994, p. 53 .

6/ BLUNDO Giorgio, « Dessus de table », La corruption quotidienne dans la passation des marchés publics locaux au Sénégal, Politique africaine, n° 83, octobre 2001, p. 79-97

7/ BORELLI F Saverio , « Techniques d'enquête sur la corruption dans les marchés publics », in Conseil de l'Europe, La corruption dans les marchés publics, 2^{ème} conférence européenne des services spécialisés dans la lutte contre la corruption, Tallinn (Estonie), 27-29 oct. 1997, éd Strasbourg, Conseil de l'Europe 1998, p. 57-66.

8/ BORGHI Alvaro , L'immunité des dirigeants politique en droit international, Helbing et Lichtenhahn, Genève- Bâle-Munich, 2003, p.386.

9/ BRAIBANT Guy ; « La problématique de la codification », Revue française d'administration publique, n°82 , avril- Juin 1997, p.165 ets.

10/ BREEN Emmanuelle, Responsabilité pénale des agents publics, Faute intentionnelle, juriscasseur pénal, fascicule n°30, 2004,n°8.

11/ BREEN Emmanuelle, Responsabilité pénale des agents publics, juriscasseur administratif, fasc n° 809, 2001, n° 144.

13/ DAL FARRA Thierry, Le risque pénal dans les marchés publics de travaux, Revue de Droit immobilier, oct-dec 1998, p.467 ;

14/ DAL FARRA Thierry , Un aspect du risque pénal dans la passation de la commande publique : le délit de favoritisme, Gazette du palais, 1999, p.759 et s.

15/ DEPORCQ Dominique, « Marchés publics : un nouveau délit » ; Gaz Cnes, 11/02/1991, p.96 ;

16/ DESPORTES Frederic. et LE GUNEHEC Francis , « Responsabilité pénale : élément moral de l'infraction », Juriscasseur pénal., Art. 121-3, 1995

17/ GIUDICELLI André, Le principe de la légalité en droit pénal français, Aspects légistique et jurisprudentiel, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2007, 3, p. 566-572.

18/ GUIBAL Michel , « commentaire de la loi n° 91-3 du 3/1/1991 relative à la transparence et à la passation de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence », AJDA, 20/4/1991, p. 296-300.

19/ HERMANN J, Le juge pénal, juge ordinaire de l'administration ?, Dalloz. 1998, chr.p. 195 et spécialement p. 196.

20/ JANOT Philippe , Firmes transnationales, corruption, Etats, une dynamique ambiguë, AFDI, Editions du CNRS, Paris 2005, p. 429.

21/ LINDITCH Florian, Un an de droit pénal des marchés publics, Droit pénal n° 10, Octovre 2007, chron. 4.

22/ Lucinda A. Low, « The now global legal framework: of Europe antibribery convention: oecd, oas, and council new international standards ant national anti- corruptions laws: Tha challenges for effective implementations and enforcement” prepare pour “ The Awakening goant of anti-corruption enforcement” (Paris, France, le 24-25 avril 2003, Conference of the international Bar Association, Chamber of commerce, and Organization for economic cooperation and development.

23/ MALAURIE. Philippe, « Les enjeux de la codification », Annuaire juridique de droit administratif, 1997, p.642 et s.

24/ MALIBERT Paul, Atteintes au secret des correspondances commises par des personnes exerçant une fonction publique, juriscasseur pénal 1996, art 432-9, n°16.

25/ MARTINI P, « Marchés publics et deontologie », Flash achats publics, n° 30, fevrier 1997.

26/ MATSOPOULO Haritin, Liberté d'accès et égalité des candidats, Juris classeur pénal, 2004, Art 432-14, p.2.

27/ MAWENYA Awadi Sadiki, « Empêcher la corruption dans les marchés publics en Afrique », Publication occasionnelle de SAIIA (Institut Sud_africain des Affaires Internationales), août 2009, n°9, p.4.

28/ MESCHERIAKOFF Alain- Serge, Le délit de favoritisme, Les Petites AFFICHES, 15/2/1995, p.6 et 8 .

29/ MOLFESSIS Nicolas . N, « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », Revue Trimestrielle de Droit civil, 2000, p. 186 et s.

30/ PANCRAZI Gerard., « Les difficultés d'application du délit d'avantage injustifié dans les marchés et les conventions de délégation de service public : l'article 432-14 du nouveau code pénal », Gaz. Pal, 14/03/1995,I, doct. P. 279.

31/ PETIT P, « Le juge pénal va-t-il supplanter le juge administratif ? », La lettre du cadre territorial, juin 1996, n° 120.

32/ PICARD E, La responsabilité pénale des personnes morales de droit public : fondement et champ d'application, Revue des sociétés, 1993.

33/ PIREYRE Bruno-André, « Marchés publics, Rubrique favoritisme », Rep. Dalloz. Dr. Pén.

34/ PIREYRE Bruno-André, Corruption et trafic d'influence : l'approche du droit pénal, Revue française de Finances Publiques, n° 69, Mars 2000, P33.

35/ REIS Patrice, Le délit de favoritisme dans les marchés publics : une régulation pénale des pratiques discriminatoires et de certaines pratiques anticoncurrentielles, Petites affiches, 4/7/2003, n° 133, p 4.

36/ ROGER André, La notion d'avantage injustifié, Juris classeur pénal, 1998, I. 102.

37/ SAMUEL Xavier, « La jurisprudence de la chambre criminelle en matière de prise illégale d'intérêts et d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité dans les marchés publics », Etudes et documents, Rapport annuel de la cour de cassation de 1999, Doc.fr.

38/ TANZI Vito, La corruption dans le monde, causes, conséquences, étendue et solutions, Etudes des services du FMI, Volume 45 n°4, Décembre 1998, p.4 et 7.

39/ TRICOT Juliette, la corruption internationale, les figures de l'internationalisation en droit pénal des affaires. La criminalisation imposée en droit interne par le droit international, R.S.C.D.P, 2005(4).

40/ VINCKE François., L'anti-corruption, Revue de droit pénal et de criminologie, Avril 2005, p.363

41/ VITU André , Prise illégale d'intérêts, juriscasseur pénal, 2004, fasc 20.

42/ VITU André, Atteintes à la liberté individuelle par des personnes exerçant une fonction publique, juriscasseur pénale, 2004, art 432-4 à 432-6, n° 8.

43/ WAGNER Marion, Le droit pénal spécial et les fonctions publiques : une illustration des affres de la pénalisation à outrance, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2011, n°1.

الفهرس:

1	مقدمة
19	الباب الأول: خصوصية جرائم الفساد العامة في مجال الصفقات العمومية.....
	الفصل الأول: مميزات الأحكام الموضوعية لجرائم الفساد العامة في مجال
21	الصفقات العمومية.....
22	المبحث الأول: تجريم الفساد بين النص الدولي و النص الوطني.....
22	المطلب الأول: الجهود الدولية لمكافحة الفساد.....
23	الفرع الأول: دور المؤسسات المالية في تشجيع مكافحة الفساد.....
25	الفرع الثاني: دور المنظمات الدولية.....
29	الفرع الثالث: إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.....
34	المطلب الثاني: نصوص التجريم الداخلية.....
36	الفرع الأول: سياسة المشرع في تجريم الفساد.....
40	الفرع الثاني: ذاتية قانون مكافحة الفساد.....
45	المبحث الثاني: تعدد جرائم الفساد العامة المتصلة بالصفقات العمومية....
	المطلب الأول: العنصر الأولي المميز لجرائم الفساد العامة في مجال
48	الصفقات العمومية.....
	الفرع الأول: عناصر تعريف الموظف العمومي على ضوء قانون
50	مكافحة الفساد

56	الفرع الثاني: أصناف الموظف العمومي مرتكب جرائم الفساد.....
59	المطلب الثاني: الرشوة و إستغلال النفوذ.....
61	الفرع الأول: العناصر المشتركة بين الجريمتين.....
74	الفرع الثاني: العناصر المميزة لكل جريمة على حدة
80	الفرع الثالث: الرشوة في مجال الصفقات العمومية.....
86	المطلب الثالث: جنحة أخذ فوائد بصفة غير قانونية.....
89	الفرع الأول: العنصر الأولي لقيام الجنحة.....
94	الفرع الثاني: أركان الجريمة.....
103	الفصل الثاني: الأحكام القمعية لجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية....
103	المبحث الأول: مميزات الأحكام الإجرائية.....
104	المطلب الأول: الأحكام الإجرائية على الصعيد الداخلي.....
104	الفرع الأول: خصوصية البحث و التحري في قضايا الفساد.....
113	الفرع الثاني: الخصوصية المستمدة من الدعوى العمومية.....
129	المطلب الثاني: الأحكام الإجرائية على الصعيد الخارجي.....
131	الفرع الأول: تعزيز إجراءات تسليم المجرمين.....
139	الفرع الثاني: توسيع نطاق التعاون لإقامة الأدلة على جرائم الفساد.....
148	المبحث الثاني: الأحكام الجزائية الخاصة بجرائم الفساد.....

149	المطلب الأول: الجزاء الجنائي الداخلي.....
149	الفرع الأول: العقوبات الأصلية لجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية.
152	الفرع الثاني: العقوبات التكميلية لجرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية.
157	المطلب الثاني: التعاون الدولي لأجل إسترداد العائدات الإجرامية.....
159	الفرع الأول: آليات إسترداد عائدات الفساد.....
161	الفرع الثاني: المصادرة كإجراء سابق على الإسترداد.....
168	الباب الثاني: جريمة الفساد الخاصة بالصفقات العمومية.....
170	الفصل الأول: خصوصية نص تجريم المحاباة.....
170	المبحث الأول: طبيعة نص تجريم المحاباة.....
172	المطلب الأول: الإحالة الضمنية على القانون الإداري.....
173	الفرع الأول: الإحالة لتحديد مدلول إبرام الصفقة.....
175	الفرع الثاني: الإحالة لتحديد مدلول التأشير على الصفقة.....
177	المطلب الثاني: التجزئة الصريحة لنص التجريم.....
177	الفرع الأول: تجزئة نص التجريم.....
179	الفرع الثاني: إحالة نص التجريم على نصوص تنظيمية.....
180	الفرع الثالث: قواعد الشراء العمومي كمعيار للتجريم.....
183	المبحث الثاني: المصلحة المحمية في تجريم المحاباة.....

185	المطلب الأول: المصلحة المحمية في جرائم الفساد.....
186	الفرع الأول: التصور الديمقراطي.....
188	الفرع الثاني: المصلحة الأجنبية محل الحماية.....
188	الفرع الثالث: المدلول الإقتصادي للمصلحة المحمية.....
190	المطلب الثاني: المصلحة المحمية في جرائم الفساد المتعلقة بالصفقات العمومية.
192	الفرع الأول: حماية مبدأ المساواة.....
192	الفرع الثاني: حماية مبدأ شفافية الإجراءات.....
194	الفرع الثالث: حماية مبدأ حرية الترشيح.....
195	المبحث الثالث: جدوة تجريم المحاباة.....
196	المطلب الأول: الحماية الإدارية للصفقات العمومية.....
197	الفرع الأول: الرقابة الإدارية القبلية.....
202	الفرع الثاني: الطعون الإدارية في الصفقات العمومية.....
203	المطلب الثاني: الرقابة القضائية على الصفقات العمومية.....
204	الفرع الأول: الرقابة من خلال الدعاوى الغير جزائية.....
206	الفرع الثاني: الرقابة من خلال الدعاوى الجزائية.....
211	الفصل الثاني: الخصوصية المستمدة من الركنين المادي و المعنوي ...
211	المبحث الأول: العناصر الأولية لجريمة المحاباة.....

- 212المطلب الأول: الصفة الخاصة في الموظف العمومي
- 212الفرع الأول: الشخص المبرم للصفقة
- 216الفرع الثاني: الشخص المؤشر على الصفقة
- 218الفرع الثالث:الأشخاص الغير المذكورين صراحة في القانون
- 220المطلب الثاني: ضرورة وجود تعامل بصفقة عمومية
- 221الفرع الأول: وجود صفقة عمومية
- 224الفرع الثاني: الأعمال الملحقة بالصفقات العمومية
- 227المبحث الثاني: مميزات الركن المادي لجريمة المحاباة
- 227المطلب الأول: عناصر الركن المادي لجريمة المحاباة
- 228الفرع الأول: عنصر منح إمتيازات غير مبررة
- 232الفرع الثاني: إستفادة الغير من المزية الغير مبررة
- 234الفرع الثالث: حالة خاصة في تجريم الإستفادة من المحاباة
- 239المطلب الثاني: نماذج أفعال مؤدية لمنح المزية الغير مبررة
- 240الفرع الأول: المفاضلة قبل الإعلان عن المناقصة
- 253الفرع الثاني: المفاضلة عند الإعلان عن الصفقة و تلقي الترشيحات
- 257الفرع الثالث: التفضيل في مرحلة فحص العروض
- 262الفرع الرابع: أعمال المفاضلة أثناء تنفيذ الصفقة

266	المبحث الثالث: الركن المعنوي لجنحة " المحاباة "
267	المطلب الأول: الطابع العمدي للجريمة.....
267	الفرع الأول: تأكيد الطابع العمدي للجنحة.....
	الفرع الثاني: ضرورة العلم بالنصوص القانونية و التنظيمية المنظمة
269	للسفقات العمومية
	الفرع الثالث: صعوبة إثبات العلم بالنصوص القانونية و التنظيمية المنظمة
271	للسفقات العمومية.....
275	المطلب الثاني: أثر خطأ الموظف على الركن المعنوي لجريمة المحاباة.....
276	الفرع الأول: المحاباة كجريمة تسيير ناتجة عن إهمال.....
278	الفرع الثاني: الفصل بين المحاباة و جرائم التسيير.....
282	الخاتمة.....
290	أهم النصوص القانونية المستعملة
292	المراجع.....
307	الفهرس